CRISTINA REGINATO HOFFMANN NASCIMENTO

A EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2011**

Banca Examinadora

*Dedico a conclusão desta tarefa à memória de meu pai,
Walter Hoffmann, à minha mãe, Cândida, e aos meus irmãos,
Ricardo, Marlene e Renata, por seu amor.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, pela confiança em me receber como sua orientanda, por suas aulas, sua atenção e sua compreensão, minha gratidão e sempre admiração.

Ao Dr. Manoel Carlos Toledo Filho, por seu incentivo e apoio inestimáveis para a realização deste mestrado.

Aos meus professores, Dr. Jorge Luiz Souto Maior, Dr. Antônio Rodrigues de Freitas Jr., Dr. José Flávio Motta, Dr. Eduardo Carlos Bianca Bittar, Dr. Eleuterio Fernando da Silva Prado e Dr. Pedro Romano Martinez, por suas aulas, suas doutrinas e seus gentis acolhimentos.

Ao Dr. Mario Garmendia Arigón e Dra. Ma. Rosina Rossi Albert, pela doutrina sugerida e pelas decisões encaminhadas que fizeram parte deste trabalho.

Aos meus colegas professores, Dra. Fabiana Barros De Martin, Dr. Fábio Nadal, Dr. Luís Renato Vedovato e Dra. Maria Helena Campos de Carvalho, por suas sempre prontas colaborações.

Aos meus amigos, Dr. Geraldo Henrique de Souza Armond, Dra. Eliane de Freitas Gimenes e Dra. Marina de Souza e Jorge Leite, por todo o apoio recebido durante este período de estudo e de pesquisa.

À minha professora Ilse Paschoal Moreira, por suas aulas e atenciosas contribuições.

Ao Dr. Luiz Carlos Patrício Nascimento, por ter me acompanhado com total dedicação em todas as fases deste trabalho.

RESUMO

O trabalho foi desenvolvido dentro da linha de pesquisa da área de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – “Direitos sociais no contexto dos direitos humanos”, visando uma hermenêutica apropriada para a realização dos direitos sociais trabalhistas. A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) fez incluir os direitos sociais trabalhistas no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Neste contexto, a problemática que se apresenta é a da efetividade das normas trabalhistas. Com base nas doutrinas de Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, adotou-se a proposta de uma hermenêutica concretizadora, que reconheça a força normativa da Constituição, partindo-se da premissa de que os princípios constitucionais são normas de suporte fático amplo. Na perspectiva dos direitos humanos fundamentais, considerou-se a prevalência dos direitos sociais como pressuposto de um Estado Social, e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. A título de argumentação fez-se o estudo de decisões pautadas na teoria dos princípios, aproximando a doutrina da prática jurisdicional, demonstrando-se algumas possibilidades conferidas por uma hermenêutica concretizadora dos direitos humanos fundamentais e a viabilidade da efetividade dos direitos sociais trabalhistas.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais; Direitos sociais trabalhistas; Hermenêutica constitucional; Teoria dos princípios; Efetividade dos direitos trabalhistas

RIASSUNTO

Il lavoro fu svolto nell'ambito della linea di ricerca dell'area di Diritto del Lavoro della Facoltà di Diritto dell'Università di São Paulo – “Diritti sociali nel contesto dei diritti umani”, puntando su un'ermeneutica appropriata all'attuazione dei diritti sociali del lavoro. La Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile (1988) fece inserire i diritti sociali del lavoro nel Titolo II “Diritti e Garanzie Fondamentali”. In tale contesto, la problematica che si presenta è quella dell'effettività delle norme del lavoro. In base alle dottrine di Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, si adottò la proposta di un'ermeneutica attuativa, che riconosca la forza normativa della Costituzione, muovendo dalla premessa secondo cui i principi costituzionali sono norme di ampio supporto fattuale. Nella prospettiva dei diritti umani fondamentali, si tenne presente la prevalenza dei diritti sociali come presupposto di uno Stato Sociale e per la costruzione di una società libera, giusta e solidale – uno degli scopi fondamentali della Repubblica Federativa del Brasile. A titolo di argomentazione si esaminò le decisioni fondate sulla teoria dei principi, avvicinando la dottrina alla pratica giurisdizionale, dimostrandosi alcune possibilità date da un'ermeneutica attuativa dei diritti umani fondamentali e la fattibilità dell'effettività dei diritti sociali del lavoro.

Parole chiave: Diritti umani fondamentali; Diritti sociali del lavoro; Ermeneutica costituzionale; Teoria dei principi; Effettività dei diritti del lavoro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I. SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO.....	11
1. Noções Introdutórias	11
2. Revolução Industrial	12
3. Questão social	15
4. Movimento Operário	16
5. Liberalismo	19
6. Organização Internacional do Trabalho – OIT	21
7. Brasil	24
8. Considerações finais.....	29
8.1. Direito do Trabalho	31
8.2. Natureza jurídica do vínculo de emprego.....	33
CAPÍTULO II. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	37
1. Força normativa da Constituição	37
2. Evolução do pensamento.....	38
2.1. Normas constitucionais programáticas.....	41
3. Princípios.....	46
3.1. Força normativa dos princípios	47
3.2. A proposta de Robert Alexy	51
3.2.1. Conceito de norma.....	51
3.2.2. Estrutura da norma	53
3.3. A proposta de Gustavo Zagrebelsky.....	54
3.4. Pontos de convergência	57
CAPÍTULO III. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	59
1. Introdução	59
2. Direitos humanos fundamentais.....	61
2.1. Conceito.....	61
2.2. Classificação.....	63
2.2.1. Perspectiva objetiva e subjetiva	67
2.3. Direitos sociais	72
3. Eficácia e efetividade	75
3.1. Eficácia – Doutrina tradicional.....	75

3.2. Teoria dos princípios	78
3.3. Efetividade.....	82
CAPÍTULO IV. HERMENÊUTICA DAS NORMAS TRABALHISTAS: DIMENSÃO JURISPRUDENCIAL	84
1. Introdução	84
2. Análise de decisões	84
2.1. Dispensa coletiva. Decisão nº 000333/2009-PADC (TRT – 15ª Região)	84
2.2. Princípio da igualdade – RE nº 161.243-6 DF	90
2.3. Terceirização – Sentença Definitiva nº. 171/2008	92
2.3.1. Legitimidade Passiva.....	92
2.3.2. Autonomia da vontade dos sujeitos envolvidos	93
2.4. Limitação de jornada – Sentença Definitiva nº. 20/2008	96
2.5. Garantia de emprego – Sentença definitiva nº. 274/2008	100
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	115
ANEXOS	

INTRODUÇÃO

O tema insere-se na linha de pesquisa da área de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – “Direitos sociais no contexto dos direitos humanos”, considerando-se os projetos acadêmicos desenvolvidos pelos docentes, em especial – “A eficácia dos institutos, normas e princípios de direito interno, comunitário e internacional do trabalho e a efetivação dos direitos humanos”.

O contexto é estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988), anunciando em seu preâmbulo um Estado Democrático destinado a assegurar os valores supremos de uma sociedade fundada na harmonia social, incluindo os direitos sociais dentre os Direitos e Garantias Fundamentais. Estabelecido o contexto, surge a problemática de uma hermenêutica adequada aos direitos humanos fundamentais, tendente à realização dos direitos sociais trabalhistas.

No primeiro capítulo – Surgimento do Direito do Trabalho – será feita uma abordagem dos acontecimentos históricos também sob a perspectiva dos trabalhadores, recorrendo-se sobre o movimento operário e sua participação para a criação de uma legislação social, relatando-se sobre as características da Revolução Industrial, a mudança na forma de produção, a transformação social, as condições de trabalho e de vida do proletariado, o pensamento econômico, a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Como forma de estabelecer um marco inicial da transformação do Estado Liberal para o Estado Social, com sua proposta de realização da justiça social, destaca-se o Tratado de Versalhes e a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a Declaração de Filadélfia, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No enfoque brasileiro, as peculiaridades do movimento operário numa cultura escravista, o aparecimento e a formação do proletariado, as condições de trabalho, as formas de luta operária e as correntes de pensamento.

Nas considerações finais do capítulo, ressalta-se a dependência econômica do trabalhador como fator determinante para o surgimento do Direito do Trabalho, com suas implicações na natureza jurídica do vínculo de emprego e do Direito do Trabalho e na finalidade deste.

No segundo capítulo – Hermenêutica Constitucional – partindo-se da premissa da força normativa da Constituição, aponta-se para a evolução do pensamento quanto às teorias das normas constitucionais, com o valor jurídico a estas atribuído desde as primeiras declarações de direitos, no Estado Liberal e no Estado Social, e a doutrina sobre as normas constitucionais programáticas, com vistas à sua superação, em particular pela hermenêutica pautada nos princípios e nos direitos humanos fundamentais.

Na teoria dos princípios, destaca-se o seu surgimento e a definição da força normativa dos princípios, tecendo-se considerações sobre a abordagem doutrinária do tema e adotando-se as propostas teóricas de Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, com vistas à definição de uma hermenêutica concretizadora dos direitos humanos fundamentais.

No capítulo III – Direitos Humanos Fundamentais – faz-se a construção teórica quanto ao seu conceito, sua classificação, tendo-se em conta as críticas quanto à divisão dos direitos humanos fundamentais sob o ponto de vista histórico, e suas perspectivas – objetiva e subjetiva, dando ênfase aos direitos sociais e ao redimensionamento dos conceitos de liberdade e de igualdade, situando os direitos humanos fundamentais em sua dimensão social.

Sob este prisma, desenvolve-se o estudo sobre a eficácia da norma, propondo-se com a hermenêutica pautada nos princípios, sob a premissa da força normativa da Constituição, considerada a dimensão social dos direitos humanos fundamentais e a finalidade do Direito do Trabalho, a efetividade das normas sociais trabalhistas.

No capítulo IV – Hermenêutica das normas trabalhistas: Dimensão jurisprudencial – numa proposta de aproximação entre a doutrina e a prática jurisdicional, faz-se a análise de uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região sobre dispensa coletiva, uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o Princípio da Igualdade e três decisões do Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno de Montevideo, sobre terceirização, limitação de jornada e garantia de emprego.

Com a análise das decisões, pretendeu-se demonstrar as possibilidades conferidas pela hermenêutica constitucional pautada nos princípios e a viabilidade de realização dos direitos sociais trabalhistas.

CAPÍTULO I. SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

1. Noções Introdutórias

Discorrer sobre o Direito do Trabalho é dizer de sua história, onde encontramos a razão de seu surgimento e, conseqüentemente, sua finalidade. No entanto, tão complexo quanto definir sua razão e sua finalidade é a tarefa de esboço de uma perspectiva histórica.

A começar pela dificuldade de método. Como esclarece José Reinaldo de Lima Lopes, o papel a ser cumprido pela história depende dos recursos de método. “A *nova história* começa por deslocar seu centro de atenções de uma certa política, especialmente a política do Estado e do Estado Nacional, voltando-se para a *vida material*”.¹

Entende que somente deste modo a história cumpre um papel crítico, defendendo, assim, um olhar mais atento para a vida cotidiana. Neste sentido, necessário recorrer a historiadores que, em seus relatos, nos coloquem em contato com os acontecimentos, também, sob a perspectiva dos trabalhadores.

Amauri Mascaro, referindo-se à teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, leciona:

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida da Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes.²

A questão social como dimensão fática do Direito do Trabalho não apresenta divergência entre os juristas, fato que passaremos a desenvolver.

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4. Sobre a teoria tridimensional do direito, aponta a questão social como dimensão fática e a reação humanista como a dimensão axiológica do direito, sendo a estrutura normativa o resultado da valoração do fato social.

2. Revolução Industrial

A Revolução Comercial, caracterizada pela acumulação de bens pelos burgueses, precipita a Revolução Industrial, cuja visão é a de produzir, com condições de trabalho precárias e consequente reação dos trabalhadores.

A acumulação primitiva de capitais, reflexo da Revolução Comercial, possibilitou a formação da riqueza, representada pela disponibilidade de capitais. O aparecimento das máquinas motivou que esses burgueses direcionassem seu capital acumulado para implementação da produção. Inicia-se a Revolução Industrial.³

Os historiadores José Jobson de A. Arruda e Nelson Piletti, referindo-se à Revolução Inglesa do século XVII, afirmam que esta “constituiu uma das primeiras grandes manifestações de crise do *Antigo Regime*, identificado com a forma absolutista de governo [...]”

Esse processo revolucionário criou condições indispensáveis para o pleno desenvolvimento do capitalismo e da *Revolução Industrial* que teria início em meados do século XVIII [...] Por essa razão, pode ser considerada a primeira revolução burguesa da história da Europa, antecipando em mais de cem anos a Revolução Francesa de 1789 [...] ⁴

Indicam como características da Revolução Industrial: “o surgimento da fábrica [...]; a substituição das ferramentas pelas máquinas; a utilização em larga escala da energia motriz e do trabalho assalariado; e o surgimento de duas classes sociais com interesses opostos, a burguesia industrial e o proletariado”. ⁵

Distinguem quatro momentos: inicia-se na Inglaterra em 1760, restringindo-se a este país até 1850; de 1850 a 1900 espalha-se para Bélgica, França, Alemanha, Itália,

³SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 56. Referência feita à Revolução Comercial por Jorge Luiz Souto Maior na disciplina Teoria Geral de Direito do Trabalho, ministrada no primeiro semestre de 2008, complementada com abordagem feita em obra de autoria do mesmo jurista.

⁴ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2007. p. 267.

⁵Id. Ibid., p. 316.

Rússia, Estados Unidos e Japão; de 1900 a 1980 surgem conglomerados industriais e multinacionais; a partir de 1980 dá-se a revolução tecnológica.

Apontam, ainda, a mudança na forma de produção. Antes das fábricas, do artesanato para a manufatura, e, com o surgimento destas, para a “maquinofatura”.

No artesanato, o mestre artesão é dono dos meios de produção e realiza com seus ajudantes todas as etapas desta. Com a manufatura tem-se a divisão social do trabalho, passando o trabalhador a realizar apenas uma etapa da produção, sendo o resultado do trabalho do comerciante. Por fim, nas fábricas o trabalhador perde o controle sobre os meios, as etapas e o resultado da produção.

Em resumo, o início foi o trabalho em família, depois surgiu o trabalho ambulante, em seguida, o artesanato, depois a indústria em domicílio, o trabalho na manufatura, o trabalho na fábrica, tudo isso para se chegar ao regime livre da produção onde a empresa assumiu posição de destaque no processo produtivo, definindo o regime capitalista.⁶

Eric J. Hobsbawm, em uma análise aprofundada dos resultados humanos da Revolução Industrial, defende que esta representou “uma mudança social fundamental”. “Ela transformou a vida dos homens a ponto de torná-las irreconhecíveis”⁷, esclarecendo que tal transformação somente ocorreu com os menos favorecidos.

A classe média vitoriosa e os que aspiravam a essa condição estavam contentes. O mesmo não acontecia aos pobres, aos trabalhadores (que, pela própria essência, constituíam a maioria), cujo mundo e cujo estilo de vida tradicionais tinham sido destruídos pela Revolução Industrial, sem que fossem substituídos automaticamente por qualquer outra coisa. É essa desagregação que forma o cerne da questão dos efeitos sociais da industrialização.⁸

Comparando a sociedade industrial com a pré-industrial, indica as seguintes mudanças: a mão de obra é formada por proletários que, destituídos dos meios de

⁶FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 47. Capítulo escrito por Irany Ferrari.

⁷HOBSBAWN, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003. p. 75.

⁸Id. Ibid., p. 79.

produção, dependem exclusivamente de seus salários, sendo o recebimento destes o único vínculo que mantêm com o empregador, em substituição à relação humana e social mais complexa antes existente. “A Revolução Industrial substituiu o servo e o homem pelo ‘operador’ ou ‘braço’ (...)”.⁹

O trabalho industrial impõe sua regularidade mecanizada, não coincidente com o ritmo humano e com as tradições, acelerado pela divisão racional do trabalho, que passa a ser medido pelo relógio, e, pelos baixos salários, a exigir mais trabalho; “(...) somente a labuta incessante e ininterrupta os fazia ganhar o suficiente para sobreviver, sem prover o dinheiro que os afastasse do trabalho por mais tempo que o necessário para comer, dormir e – como se tratava de um país cristão – orar no Dia do Senhor”.¹⁰

O crescimento desordenado das cidades e da população, com a migração proveniente do campo, sem infraestrutura básica, tomadas pela poluição e por epidemias, expunha a miséria, a exclusão e a diferença social, “a cidade destruía a sociedade”.¹¹

Atesta, por fim, a inadequação da concepção tradicional de sociedade, do conformismo da classe trabalhadora com sua condição social menos favorecida, que se revolta diante de uma economia capitalista que não lhe oferece qualquer conforto material.

Friedrich Engels relata que, antes da Revolução Industrial, os trabalhadores viviam de forma cômoda, embora já de forma indigna, condição esta extremada com aquela Revolução, alterando o estado de ânimo destes trabalhadores, antes apáticos e conformados, “incitando-os a pensar e a exigir uma condição humana”.¹²

A relação entre o industrial e o operário não é uma relação humana: é uma relação puramente econômica – o industrial é o “capital”, o operário é o “trabalho”. E quando o operário se recusa a enquadrar-se nesta abstração, quando afirma que não é apenas “trabalho”, mas um homem que, entre outras faculdades, dispõe de capacidade de trabalhar, quando se convence que não deve ser comprado e vendido enquanto “trabalho” como qualquer outra mercadoria no mercado, então o burguês se assombra. Ele não pode conceber uma relação com o operário que não seja a da compra-venda; não vê no operário um homem, vê *mãos (hands)*, qualificação que lhe atribui sistematicamente.¹³

⁹HOBSBAWN, Eric J. op. cit., p. 79.

¹⁰Id. Ibid., p. 80.

¹¹Id. Ibid., p. 81.

¹²ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 47.

¹³Id. Ibid., p. 308.

3. Questão social

A Revolução Industrial trouxe uma mudança no modo de produção e, conseqüentemente, no mundo do trabalho e na vida dos trabalhadores, gerando sérios problemas sociais que caracterizaram a denominada questão social.

A concentração de trabalhadores nas fábricas destituídas de condições mínimas de proteção à saúde e à segurança, a utilização de máquinas desconhecidas, aliadas às exigências de uma produção desenfreada voltada exclusivamente para o lucro, acarretaram doenças e acidentes.

O trabalhador deve receber o mínimo necessário para sua sobrevivência, apenas para que retorne ao trabalho no dia seguinte, com jornadas de trabalho excessivas, baixos salários, ainda mais reduzidos para o trabalho da mulher e do menor, além do desinteresse no oferecimento de um meio ambiente de trabalho saudável.

As condições de vida da classe operária, em meio à sujeira e à poluição das grandes cidades, quer se refiram ao trabalho, à habitação, ao vestuário ou à alimentação, são o retrato da mais absoluta miséria.

Para onde quer que nos voltemos, defrontamo-nos com miséria – permanente ou intermitente –, doenças provocadas pelas condições de vida ou de trabalho, degradação moral; por todos os lados, o que vemos é a liquidação, a lenta – mas segura – destruição física e espiritual da natureza humana.¹⁴

Como ensina Amauri Mascaro Nascimento, a questão social pode ser identificada a partir da existência de uma séria perturbação social, ressaltando o empobrecimento dos trabalhadores, o impacto sofrido pela agricultura, a mobilização da mão de obra feminina e dos menores atingindo as famílias, e o conseqüente desnível entre as classes sociais.

A expressão *questão social* não havia sido formulada antes do século XIX, quando os efeitos do capitalismo e as condições da infraestrutura social se fizeram sentir com muita intensidade (...).

¹⁴ENGELS, Friedrich. op. cit., p. 244-245.

Os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social.¹⁵

4. Movimento Operário¹⁶

Descreve Engels que o proletariado é formado inicialmente pelos operários industriais, surgindo os operários das minas de carvão e de metais, para produção e extração de matérias-primas e combustíveis, e, com o desenvolvimento da agricultura, os operários agrícolas, sendo tanto melhor o nível cultural e maior a consciência de seus interesses, quanto mais próximos estejam das indústrias, estando os operários fabris no centro do movimento operário.¹⁷

Conforme expõe, a primeira forma de revolta, exercida de modo isolado e individual, teria sido o crime. Posteriormente, como forma de oposição da classe dos operários, mas também isolada, deu-se a destruição das máquinas.

Em 1824, com a conquista do direito à liberdade de associação, as associações clandestinas conseguem se desenvolver e ganhar força, iniciando por estipular uma escala salarial, a ser observada de modo uniforme pelos empresários, impedindo a concorrência baseada na redução salarial, além de oferecer apoio e ajuda financeira aos operários. Relata a existência de greves gerais e associações secretas desde 1812.

O meio de luta utilizado é a suspensão, parcial ou total, do trabalho, em geral precedida de um aviso prévio, recurso limitado pela adesão de apenas uma parte dos associados, facilmente substituída, além da própria dificuldade imposta pela regulação do valor do salário pelo mercado.

A greve obtém resultado em situações isoladas, mas não quando se trata de uma causa que envolva um determinado ramo industrial. Nesse caso, os recursos da associação logo se esgotam e o movimento resulta em fracasso e prejuízo para os operários.

¹⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 9-10.

¹⁶Nossas homenagens ao Dr. José Flavio Motta, professor da disciplina “Origens, Desenvolvimento e Perspectivas do Movimento Operário no Brasil”, ministrada no segundo semestre de 2008, pela bibliografia exigida, e que será amplamente explorada neste trabalho.

¹⁷ENGELS, Friedrich. op. cit., p. 63.

Essencialmente, porém, o que mantinha coesos todos esses movimentos, ou que os revivificava após suas periódicas derrotas e desintegrações, era a insatisfação universal de homens que se sentiam famintos numa sociedade podre de rica, escravizados num país que se orgulhava de sua liberdade, procurando pão e esperança e só recebendo em troca pedras e angústia.¹⁸

Engels descreve, desse período, diversos episódios de extrema violência, como ataques a operários que substituíam os grevistas e também a industriais, e atentados nas fábricas, ocorridos entre 1820 e 1844, noticiados nos jornais da época, o que o faz concluir pela existência de uma verdadeira guerra social. Nota, especialmente, a frequência com que ocorriam as greves.

É verdade que teremos de nos referir a casos de violência individual e mesmo de brutalidade, mas não podemos esquecer que, na Inglaterra, existe uma guerra social aberta e que, se a burguesia tem todo o interesse em conduzi-la hipocritamente, sob o manto da paz e até da filantropia, aos operários só pode favorecer a revelação das relações reais, só pode favorecer a destruição dessa hipocrisia.¹⁹

Há que se destacar dois movimentos na história do movimento operário. O movimento Luddita, referência a Ned Ludd, costumeiramente associado à destruição de máquinas pelos trabalhadores. Em 1835, o movimento cartista.

O primeiro, conforme Hobsbawm, não se resume a um ataque específico contra as máquinas. “Para muitos não especialistas os termos ‘destruidor de máquinas’ e Luddita são intercambiáveis”.²⁰

Afirma que teria começado já no século dezessete. Em sua primeira fase, constituiu uma forma de pressão contra os empregadores, com ataques, não só às máquinas, como também, às matérias-primas, aos produtos acabados, ou à propriedade privada, o que fosse mais eficiente, dependendo do objetivo a ser atingido.

Relata diversos episódios ocorridos a partir de 1718. “A destruição era simplesmente uma técnica do sindicalismo no período anterior, e durante as primeiras fases da Revolução Industrial”.²¹

¹⁸HOBSBAWN, Eric J. op. cit., p. 88.

¹⁹ENGELS, Friedrich. op. cit., p. 248.

²⁰HOBSBAWN, Eric. J. *Os trabalhadores: estudo sobre a história do operariado*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 19.

²¹Id. Ibid., p. 21.

Defende que a técnica teve seu valor para reivindicações em que se exigia uma pressão intermitente, além de difundir a solidariedade entre os trabalhadores, necessária para o desenvolvimento do sindicalismo.

Em outros episódios, ocorreu como forma de hostilidade às novas máquinas, não contra o progresso técnico, mas quando atingia os interesses dos trabalhadores, chegando a ter o apoio de industriais quando também atingia o interesse destes.

Discorrendo sobre a eficácia da destruição de máquinas, conclui: “No entretanto, qualquer que seja a verdade na questão, a iniciativa veio dos homens, e até esse ponto eles podem reivindicar uma parcela importante em qualquer desses sucessos”.²²

O movimento cartista denota uma forma de luta política. Em 1835 foi fundada a Associação Geral dos Operários de Londres que, em 1838, elabora e publica a “Carta do Povo”, reivindicando “seis pontos”²³, relacionados à participação de todos no processo eleitoral.

Sendo uma forma de combate ao monopólio parlamentar da aristocracia e da burguesia industrial (incluída com a reforma do sistema eleitoral por uma lei de 1832, a *Reform Bill*), ao movimento operário alia-se a pequena burguesia.

No entanto, o cartismo é um movimento operário, e está muito além da busca por mera participação política, sendo esta a forma encontrada para a luta por melhoria das condições sociais, com interesses que se chocam com os da burguesia, gerando o rompimento da aliança.

O cartismo, meus amigos, não é uma questão política, que trata de obter para vocês o direito de voto, etc. Não! O cartismo é uma *questão de garfo e faca*, a Carta significa habitação decente, comida e bebida boas, condições de vida dignas e jornada de trabalho reduzida.²⁴

²²HOBSBAWN, Eric. J. *Os trabalhadores*: estudo sobre a história do operariado. op. cit., p. 31.

²³São eles: “1) sufrágio universal para todos os homens maiores, mentalmente sadios e não condenados por crime; 2) renovação anual do Parlamento; 3) remuneração para os parlamentares, para que indivíduos sem recursos possam exercer mandatos; 4) eleições por voto secreto, para evitar a corrupção e a intimidação pela burguesia; 5) colégios eleitorais iguais, para garantir representações equitativas e 6) supressão da exigência (já agora apenas formal) da posse de propriedades fundiárias no valor de trezentas libras como condição para a elegibilidade...”. ENGELS, Friedrich. op. cit., p. 262.

²⁴Id. Ibid., Citando discurso proferido pelo pastor metodista Stephens, publicado em jornal local, p. 264.

A importância do movimento está na proposta desta nova forma de luta, que terá como resultado a aprovação de leis de proteção ao trabalho. Assim: “(...) os movimentos contra a nova lei sobre os pobres e pela lei da limitação da jornada de trabalho a dez horas ligaram-se estreitamente ao cartismo”.²⁵

Disso decorre nosso compromisso com a efetividade do Direito do Trabalho. As leis trabalhistas foram conquistadas com várias formas de luta operária, e esse esforço não pode ser esquecido. Aceitar que o Direito do Trabalho, por fim, não resulte no bem-estar social, é desmerecer essa luta.

O proletariado reformista deu numerosas demonstrações de combatividade. As reformas foram conseguidas à custa de lutas muitas vezes sangrentas. Sacrifícios sem conta marcam a trajetória, que culmina na conquista de cada reforma importante em benefício dos trabalhadores. A burguesia nunca fez concessões graciosas. Não fossem as lutas da classe operária e ainda viveríamos sob as condições aviltantes das primeiras revoluções industriais.²⁶

5. Liberalismo

No prefácio da obra de Leo Huberman, o autor delimita sua proposta: “É uma tentativa de explicar a história pela teoria econômica, e a teoria econômica pela história. Essa inter-relação é importante – e necessária”.²⁷

Relaciona com a Revolução Industrial as teorias econômicas da chamada escola clássica, fundada por Adam Smith: “[...] a ascensão dos industriais durante a Revolução Industrial na Inglaterra trouxe consigo teorias econômicas baseadas nas condições da época. Chamamos as teorias da Revolução Industrial de ‘Economia clássica’”.²⁸

A teoria econômica da escola clássica, o liberalismo econômico, era contrária à intervenção do Estado. Entendia-se que: “O bem-estar da sociedade está ligado ao do indivíduo”.²⁹

²⁵ENGELS, Friedrich. op. cit., p. 264.

²⁶GORENDER, Jacob. *Marxismo sem utopia*. São Paulo: Ática, 1999. p. 221.

²⁷HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC Ed. 1986.

²⁸Id. Ibid., p. 180.

²⁹Id. Ibid., p. 180.

A concepção fundamental do liberalismo é a de uma sociedade política instituída pelo consentimento dos homens que viviam em estado de natureza e na qual cada um, sob a direção da vontade geral, vive em liberdade e igualdade e com a garantia da propriedade de tudo o que possui.³⁰

Os filósofos iluministas do século XVIII defendiam a liberdade como um direito natural e o primado da razão como forma de conhecimento, no chamado Século das Luzes. Os ideais iluministas foram consagrados pela Revolução Francesa de 1789.

O liberalismo clássico, surgido ao longo do século XVIII, alimentado filosoficamente pelo Iluminismo e finalmente vitorioso na Revolução Francesa de 1789, limitava sobremaneira os poderes do Estado e pregava a plena autonomia do indivíduo [...]³¹

Com a Revolução Francesa, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.³² “De inspiração iluminista, o documento proclamava o direito à liberdade, à igualdade perante a lei e à propriedade, assim como o direito de resistir à opressão”.³³

Como forma de afirmação da liberdade, de exercício e de regulamentação de qualquer ofício e, do interesse particular, considerando que as corporações de ofício existentes impunham condições de trabalho por seus estatutos e regulamentos, veio a *Lei Le Chapelier*, de 14 de junho de 1791, proibindo as corporações.

Visando dar o golpe de misericórdia nas corporações clandestinas, surgiu a *Lei Le Chapelier*, nome do relator da Comissão constituída para o estudo do problema e que formulou as seguintes conclusões: [...] não deveria haver mais corporações no Estado e no seu lugar deveria existir apenas o interesse particular de cada indivíduo [...]³⁴

³⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 23-24.

³¹MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 5. Citação do Prefácio-Introdução, escrito por Evaristo de Moraes Filho.

³²“Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem... **Art. 2º.** A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão”.

³³ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. op. cit., p. 326.

³⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 28.

O liberalismo defendido nesta fase relaciona-se com o advento da Revolução Industrial, servindo aos interesses da classe social em ascensão, a burguesia. “A Revolução Francesa, desse modo, foi uma revolução parcial, que atendeu aos interesses de uma classe.”³⁵

6. Organização Internacional do Trabalho – OIT

Com o fim da primeira guerra mundial (1914-1918), em 28 de junho de 1919 foi assinado o Tratado de Versalhes³⁶, que em sua Parte I dispõe sobre a adoção do Pacto que institui a Sociedade das Nações, para garantir a paz e a segurança entre estas.

O Tratado de Versalhes trata do trabalho em sua parte XIII³⁷, anunciando em seu preâmbulo (Seção I) que a paz universal “só pode subsistir tendo por base a justiça social” e, para tanto, é fundada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu art. 387 (Capítulo I), visando impulsionar a criação da legislação trabalhista em nível mundial.

Considerando que a Sociedade das Nações tem por fim estabelecer a paz universal, e que esta só pode subsistir tendo por base a justiça social; [...] As Altas Partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade, bem como pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, convêm no seguinte: [...] Art. 387º. É fundada uma organização permanente encarregada de trabalhar pela realização do programa exposto no preâmbulo [...]

Em seu artigo 427, cuidando dos princípios gerais, afirma no parágrafo primeiro que “o trabalho não deve ser considerado simplesmente como mercadoria ou artigo de comércio”.³⁸

Na vigésima-sexta reunião da Conferência geral da Organização Internacional do Trabalho, em 1944, é aprovada a Declaração de Filadélfia como anexo da sua Constituição.

³⁵SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit., p. 53.

³⁶Promulgado no Brasil pelo Decreto 13.990, de 12 de janeiro de 1920. Texto não disponível nos órgãos oficiais.

³⁷A parte XIII é dividida em duas seções e quatro capítulos, tendo na Seção I o preâmbulo, nos Capítulos I, II, III e IV a Organização, o Funcionamento, as Prescrições Gerais e as Disposições Transitórias da Organização Internacional do Trabalho, e, na Seção II os Princípios Gerais desta Organização.

³⁸CASELLA, Paulo Borba. *Tratado de Versalhes na história do direito internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 257-270.

A Declaração de Filadélfia, “Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho”, reafirma os princípios fundamentais da Organização.

Na vigésima-nona reunião, em 1946, a Conferência geral da Organização Internacional do Trabalho adota o denominado “Instrumento para a emenda da Constituição da Organização Internacional do Trabalho”³⁹, com a Declaração de Filadélfia como anexo.

Estabelece o preâmbulo da Constituição da OIT:

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais [...] As Altas Partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho: [...] ⁴⁰

Em 1998 é adotada a “Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento”, reafirmando os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição da OIT e na Declaração de Filadélfia, com medidas de promoção “para tornar plenamente efetiva” a referida Declaração.⁴¹

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), em 1945 foi assinada a “Carta das Nações Unidas”⁴², estabelecendo uma organização internacional “que será conhecida pelo nome de Nações Unidas”.⁴³

Dispõe em seu artigo 63 sobre a competência do Conselho Econômico e Social para estabelecer acordos com entidades especializadas internacionais para sua vinculação à Organização das Nações Unidas. Em 30 de maio de 1946 foi realizado um acordo com a

³⁹Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948.

⁴⁰Preâmbulo do Anexo do Decreto nº. 25.696/48. Constituição da Organização Internacional do Trabalho. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Legislação de direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1122-1123.

⁴¹Disponível em www.oitbrasil.org.br.

⁴²Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

⁴³Carta das Nações Unidas. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. op. cit., p. 1090-1108.

Organização Internacional do Trabalho, sendo reconhecida como organismo especializado vinculado à ONU.⁴⁴

A Assembleia Geral das Nações Unidas proclama, em 1948, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

[...] Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão [...]

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos [...]

A perspectiva liberal, individualista e racional da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, diante das guerras mundiais que a sucederam, é modificada a partir do Tratado de Versalhes.

A barbárie das guerras mundiais está expressamente reconhecida no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade [...]”

Já no Tratado de Versalhes, os sentimentos de justiça e humanidade desaprovam as condições de trabalho dos operários, tendo na justiça social o fundamento para a paz universal.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, sendo o conceito de liberdade individual substituído.

Considerando [...] que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla [...]

Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.⁴⁵

⁴⁴“As Nações Unidas, pelo acordo de 30 de maio de 1946, reconheceram a OIT como ‘organismo especializado competente para empreender a ação que considere apropriada, de conformidade com o seu instrumento constitutivo básico, para cumprimento dos propósitos nele expostos’”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 94.

⁴⁵Declaração Universal dos Direitos Humanos. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. op. cit., p. 369-372.

No exercício desta liberdade, o homem deve agir, sendo conferidas liberdade e razão para agir em prol de uma sociedade fraterna, e não individualmente. A eficácia do Direito do Trabalho, no contexto dos direitos humanos, é a perspectiva estabelecida historicamente desde o Tratado de Versalhes.⁴⁶

7. Brasil

A Lei 3.353, de 13 de maio de 1888, declara extinta a escravidão no Brasil: “Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.”⁴⁷

Antes da abolição da escravatura alguns setores já empregavam trabalhadores livres, principalmente imigrantes, como na construção de estradas e das ferrovias, bem como para serviços especializados. “O fato de o proletariado surgir no interior de uma sociedade escravista dificultou e entrou, durante muitos anos, o processo de sua formação como classe”.⁴⁸

Conforme Hardman e Leonardi, no Brasil não houve a transição do artesanato e da manufatura para o trabalho assalariado das fábricas. O proletariado industrial, concentrado no Rio de Janeiro e em São Paulo, era formado principalmente por imigrantes, especialmente entre 1888 e 1920.

Nas demais cidades, os proletários foram recrutados “entre as camadas mais pobres da população urbana [...] entre elementos originários do campesinato pobre [...] (e) entre certos artesãos, arruinados pela concorrência”⁴⁹. Os menores eram recrutados de orfanatos, abrigos e instituições de caridade.

⁴⁶Baseado na disciplina Teoria Geral de Direito do Trabalho, ministrada no primeiro semestre de 2008, pelo Dr. Jorge Luiz Souto Maior.

⁴⁷Lei 3.353, de 13 de maio de 1888. Texto disponível em www.presidencia.gov.br.

⁴⁸HARDMAN, Francisco Foot; LEONARDI, Victor. *História da indústria e do trabalho no Brasil*: das origens aos anos vinte. São Paulo: Global Ed., 1982. p. 109. Sobre os traços do autoritarismo e do paternalismo decorrentes da tradição escravista: “Os empresários foram surpreendidos com a nova realidade no mundo do trabalho, em que as relações de produção se alteravam rapidamente, rompendo a antiga relação patrão e empregado, proveniente de uma sociedade de tradição escravista, com a marca do autoritarismo e do paternalismo”. AZEVEDO, Francisca Nogueira de. *Malandros desconsolados*: o diário da primeira greve geral no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Prefeitura, 2005. p. 211-212.

⁴⁹HARDMAN, Francisco Foot; LEONARDI, Victor. op. cit., p. 116.

Certos empresários chegaram a oferecer ao governo terrenos vizinhos de sua fábrica, além do material de construção, para que este construísse asilos para as vítimas da Guerra do Paraguai. Em troca, os industriais obteriam força de trabalho para sua fábrica [...] ⁵⁰

As condições de trabalho não foram diferentes daquelas formas indignas já relatadas, com a exploração da mão de obra de homens, mulheres e dos menores, com baixos salários, jornadas excessivas e, sem qualquer tipo de proteção, semelhantes aos dos escravos. “As condições de vida e de trabalho dos primeiros proletários não eram melhores do que as de muitos escravos que com eles produziam nas mesmas fábricas, vivendo em alojamentos idênticos”. ⁵¹

O movimento operário também se mostrou semelhante, iniciando-se com atos isolados de violência até o surgimento de associações. Já no período colonial existiram as confrarias e irmandades, com finalidade assistencialista e de aprendizagem de um ofício, corporações extintas com a Constituição de 1824. ⁵²

A primeira forma de associação tipicamente operária foi a das associações mutualistas, desde 1833, tendo também a finalidade assistencialista das anteriores, sendo seguidas das ligas operárias ou “associações de resistência”, a partir da década de 1870, tendo estas uma proposta de luta. Registre-se, na década de 1860, o surgimento de sociedades abolicionistas, compostas também por operários.

As condições de trabalho dos operários de nossos dias são melhores, em muitos aspectos, se comparadas com as desses primeiros proletários. Nenhuma dessas melhorias, porém, foi obtida sem luta, sem um paciente e árduo trabalho de organização e de reivindicações, que se iniciou, justamente, com a formação das primeiras associações mutualistas, já na primeira metade do século XIX. ⁵³

⁵⁰HARDMAN, Francisco Foot; LEONARDI, Victor. op. cit., p. 116.

⁵¹Id. Ibid., p. 113.

⁵²Artigo 179, inciso XXV. “Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres”. Disponível em www.presidencia.gov.br.

⁵³HARDMAN, Francisco Foot; LEONARDI, Victor. op. cit., p. 118. Sobre a luta operária: “O ano de 1903 termina como um dos mais agitados desta República. Há três meses terminou a maior greve vivida pela cidade do Rio de Janeiro. Embora as autoridades não queiram reconhecer, o movimento tomou a dimensão de uma greve geral, mobilizando diferentes setores da classe trabalhadora carioca”. AZEVEDO, Francisca Nogueira de. op. cit., p. 213.

Evaristo de Moraes, na obra clássica *Apontamentos de direito operário*, de 1905, já reclamava por leis do trabalho, especialmente sobre “preço do trabalho ou taxa do salário, duração do trabalho e qualidade do trabalho”, criticando “a crença nas virtudes da *liberdade de trabalho*”.⁵⁴

[...] dada a desigualdade de forças econômicas, a liberdade sem freio constitui causa fatal de usurpação e de opressão. E dêste princípio surge a necessidade de se precisarem certas condições do trabalho assalariado, pondo de parte o respeito fetichístico da liberdade.⁵⁵

Importante notar, na preocupação do jurista, que não se trata simplesmente de estipulação de regras pelo Estado, mas de promoção da igualdade social.

[...] não basta a tutela nem a expectativa; é necessário intervir por meios legislativos, no sentido de ser efetivamente melhorada a posição econômica do homem assalariado; é preciso regular as condições do trabalho, dando satisfação às *necessidades humanas* do trabalhador.

[...] A ação do Estado – nesse conceito moderno dos civilistas, que Cimbali acompanha – não é de simples tutela, é de integração e organização das várias classes sociais.⁵⁶

Indica como leis surgidas nesta época, o decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891, que “estabelece providencias para regularizar o trabalho dos menores empregados nas fabricas da capital federal”, bem como o decreto nº 1.162, de 12 de dezembro de 1890, que “altera a redação dos arts. 205 e 206 do código criminal”, deixando de tipificar a greve como crime.

O grande jurista, no entanto, já identifica o problema da ausência de fiscalização e de interesse do empregador para o efetivo cumprimento da legislação que começa a surgir.

Sobre o pensamento que teve influência no movimento operário, o historiador Boris Fausto destaca três correntes – o anarquismo, o socialismo reformista e o trabalhismo. As duas primeiras diferenciam-se da última por suas propostas de mudança do sistema social.

⁵⁴MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed., São Paulo: LTr, 1986. p. 11.

⁵⁵Id. Ibid., p. 16-17.

⁵⁶Id. Ibid., p. 15 e 20, respectivamente.

Dentro da corrente do trabalhismo surgem, em 1890, três Partidos Operários, fundados por Gustavo de Lacerda, Luiz França e Silva, que em 1892 organiza o I Congresso Operário Nacional, e José Augusto Vinhaes, eleito deputado em 1890 e que influenciou a aprovação do decreto nº 1.162 de 1890, já mencionado.

Refere-se ainda, neste período, à influência do pensamento positivista na cultura brasileira, com ideias contrárias ao liberalismo.⁵⁷

Na primeira década do século XX predominam as ideias anarquistas sustentadas na ação direta, aprovadas no I Congresso Operário de 1906, desenvolvendo-se também o anarco-sindicalismo, em defesa do papel do sindicato. No Congresso Operário de 1912, segundo Boris Fausto, predominam as ideias do trabalhismo, sustentadas na luta política.

O confronto entre o conteúdo das reivindicações da reunião de 1912 e o das reuniões anarquistas assinala muitos pontos coincidentes [...] Mas as concepções globais acerca dos objetivos da organização dos trabalhadores, assim como dos instrumentos para alcançar as reivindicações mínimas são radicalmente diversas. A introdução às teses aprovadas em 1912 resume as perspectivas dos “trabalhistas”.⁵⁸

Raquel de Azevedo, sustentando a prevalência do anarquismo nos Congressos de 1906 e de 1913 e sua sobrevivência até 1937, indica como dificuldades de resistência, além da fundação do Partido Comunista Brasileiro em 1922, também a legislação trabalhista surgida em 1930: “Dois fatores principais se apresentavam: a competição com a infiltração comunista junto ao meio operário e o surgimento da legislação trabalhista nos anos 30 [...]”,⁵⁹

Pretendemos até aqui não propriamente discorrer sobre todo o movimento operário ou as transformações políticas, mas apontar a existência de uma mobilização social expressiva, muito antes do período que se inicia em 1930, conhecido como de expansão da legislação trabalhista no Brasil.

⁵⁷“Em dezembro de 1889, um dos chefes do Apostolado Positivista, após consulta e troca de opiniões com cerca de quatrocentos operários das oficinas do Estado, encaminhou ao Governo Provisório, por intermédio de Benjamin Constant, um projeto de melhoria das condições de vida da classe operária...”. FAUSTO, Boris. *Trabalho urbano e conflito social (1890-1920)*. 4. ed. São Paulo: DIFEL, 1986. p. 50.

⁵⁸Id. Ibid., p. 56.

⁵⁹AZEVEDO, Raquel de. *A resistência anarquista: uma questão de identidade (1927-1937)*. São Paulo: Arquivo do Estado, Imprensa Oficial, 2002. p. 19.

Contra o mito do pai dos pobres, é necessário enfatizar que, desde a segunda metade do século XIX e especialmente as primeiras décadas do século XX, o movimento operário, em seus embates cotidianos, exigia a criação de uma legislação social que garantisse os direitos do trabalho, como se pode constatar no heróico exemplo da greve geral de 1917, brutalmente reprimida pela República Velha, entre tantas outras que ocorreram ao longo da primeira metade dos anos 1930, quando se gestou a legislação social getulista.⁶⁰

As razões para o surgimento de uma legislação social, que vai se solidificando, são estudadas sob vários aspectos, por historiadores, sociólogos, economistas, filósofos, juristas, sendo de se notar com a industrialização o desenvolvimento da forma de produção capitalista, que passa a exigir uma regulamentação do trabalho.

Quando Getúlio assume, portanto, várias razões de ordem política e econômica acumulavam-se para que sua postura diante das relações de trabalho não pudesse ser mesmo outra que não a da implementação de normas a regulá-las. Sob o prisma político, internamente, sua chegada ao poder representava a quebra da república da oligarquia cafeeira e, no contexto internacional, aumentava a pressão para que o Brasil adotasse, efetivamente, leis de proteção social. No aspecto econômico, o incentivo à industrialização requeria o enquadramento jurídico das relações de trabalho.⁶¹

Os instrumentos de luta, como a greve, os jornais e os partidos operários, foram utilizados por todas as correntes de pensamento, sendo as propostas de mudança do sistema de produção sobrepostas pela forma política de reivindicação. A partir daí, vislumbra-se o compromisso social assumido pelo Estado.

Há que se ter em conta, sobretudo, que não se trata mais de simplesmente conferir direitos mínimos ao trabalhador, mas de garantia do próprio Estado na realização do bem-estar social.

⁶⁰ ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006. p. 501. O trecho foi extraído do Capítulo 23, “Construção e desconstrução da legislação social no Brasil”, escrito por Ricardo Antunes.

⁶¹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 80-81. (Coleção Pedro Vidal Neto, v. 1). Capítulo “Breves considerações sobre a história do direito do trabalho no Brasil”, por Jorge Luiz Souto Maior.

Esse papel vai se consolidando, iniciando-se com a criação de leis do trabalho, ainda esparsas, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 ⁶², bem como, com a evolução dos textos constitucionais.

Nesse contexto, dá-se a mudança do Estado liberal para o Estado social. A legislação do trabalho transforma-se em Direito do Trabalho, tendo por finalidade a concretização dos valores socialmente estabelecidos e integrantes do papel do Estado. ⁶³

8. Considerações finais

A preocupação com as condições precárias de trabalho, identificadas com a Revolução Industrial, gerando um conjunto de problemas sociais que fez surgir a denominada questão social e a consequente necessidade de sua regulamentação, faz-se sentir ainda mais nos dias de hoje.

Quer-se dizer, com o atual estágio do capitalismo e a nova questão social que se propõe pelo desemprego estrutural advindo da Revolução Tecnológica, e as consequentes alternativas empresariais, de descentralização e de terceirização do sistema produtivo, além de uma constante busca de adaptação a um mercado competitivo e globalizado. ⁶⁴

As mutações no processo produtivo e na reestruturação das empresas, desenvolvidas dentro de um quadro muitas vezes recessivo, deslanchavam um processo de desproletarização de importantes contingentes operários, além da precarização e intensificação ainda mais acentuadas da força de trabalho, de que a indústria automobilística é um exemplo forte.

⁶²Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das leis do trabalho*. “A Consolidação representa, portanto, em sua substância normativa e em seu título, neste ano de 1943, não um ponto de partida, nem uma adesão recente a uma doutrina, mas a maturidade de uma ordem social há mais de um decênio instituída...”. Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho, item 15.

⁶³O tema será aprofundado nos capítulos seguintes.

⁶⁴“Atualmente temos uma economia transnacionalizada, capitalistas internacionalizados e trabalhadores repartidos por nações”. BERNARDO, João. *Transnacionalização do capital e fragmentação dos trabalhadores: ainda há lugar para os sindicatos?* São Paulo: Boitempo Editorial, 2000. p. 47. “(...) foi sobretudo o capital e não o trabalho que, na prática, logrou internacionalizar-se com êxito”. COSTA, Hermes Augusto. O sindicalismo, a política internacional e a CUT. *Lua Nova: revista de cultura e política*. São Paulo, n. 64, p. 129, jan./abr. 2005.

(...) Paralelamente à retração da força de trabalho industrial, ampliou-se também o *subproletariado*, os *terceirizados*, os *subempregados*, ou seja, as distintas modalidades do trabalhador precarizado.⁶⁵

A resposta a esta questão social está no Direito do Trabalho, em seus propósitos, sendo este o momento adequado de se fazer com que estes propósitos sejam revelados, senão, apenas lembrados, visto que sempre estiveram presentes.

Se ha afirmado con razón que ninguna idea ha tenido tanta influencia en la evolución de las leyes laborales como la de la justicia social, a tal punto que todo el derecho del trabajo y aun el de la seguridad social pueden considerarse ordenamientos normativos inspirados en ese ideal e instrumentos destinados a acercar-nos a él.⁶⁶

O descaminho da legislação trabalhista, desapegada dos conceitos e dos princípios que verdadeiramente a revelam, vem admitindo condições de trabalho desautorizadas desde a Revolução Industrial, ressaltadas no Tratado de Versalhes e objeto de preocupação da OIT.

A regulamentação do trabalho como forma de adaptação ao mercado faz da legislação trabalhista uma regra de regulamentação da produção, afastando os reconhecidos propósitos de reconhecimento do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana e de realização da justiça social.⁶⁷

Da sociedade industrial surgiu o direito do trabalho, patrocinado pelo Estado do bem-estar social. Esse direito tem como característica fundamental a luta contra as injustiças provocadas pela produção industrial em massa. Ao contrário do direito em geral, o direito do trabalho não se preocupa com o *modus vivendi* do corpo social, mas com a amenização da exploração do trabalho humano, que se realiza em nítido desvirtuamento da justiça.⁶⁸

⁶⁵ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999. p. 239-240. Refere-se o autor aos anos da década iniciada em 1990.

⁶⁶ ETALA, Carlos Alberto. *Interpretación y aplicación de las normas laborales*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 164.

⁶⁷ “O direito do trabalho tende à realização de um valor: a justiça social”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 41.

⁶⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit., p. 248.

Este descuido quanto à sua finalidade gera a exploração da mão de obra com os consequentes problemas sociais que assistimos quando do advento da Revolução Industrial.

Portanto, necessário ficarmos atentos ao cumprimento dos propósitos do Direito do Trabalho e conscientes da realidade que estamos permitindo ser construída: “[...] ou a humanidade se deixa conduzir à dilaceração definitiva, na direta linha do apogeu capitalista, ou tomará afinal o rumo da justiça e da dignidade, seguindo o luminoso caminho traçado pela sabedoria clássica. Não há terceira via”.⁶⁹

8.1. Direito do Trabalho

Mario E. Ackerman⁷⁰, indagando sob o título “¿Quiénes y por qué trabajan?”, resalta a importância de se ter em conta que o trabalho é, antes de tudo, uma atividade humana, e que, esta prestação pessoal de serviços, se dá sob a dependência do empregador e mediante salário, para que se entenda, assim, a causa do trabalho⁷¹ e, consequentemente, a razão de ser do Direito do Trabalho.

En rigor, *el trabajo*, en cuanto actividad inseparable de la *persona* que lo ejecuta, obligadamente es *humano*

(...)

Esta primera descripción, sin embargo, así enunciada, y aun siendo como es esencial el reconocimiento de tal dato central, resulta insuficiente para entender la razón de ser y el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, si no se agrega que esa prestación personal es por cuenta y bajo la dependencia de otra persona, y a cambio de una remuneración.⁷²

⁶⁹COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 548.

⁷⁰ACKERMAN, Mario E. (Dir.); TOSCA, Diego M. (Coord.). *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. Introdução, sob o título, “El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo”, escrito por Mario E. Ackerman.

⁷¹“... a causa da relação de emprego é, para o empregado, o *salário* e outras garantias trabalhistas, e, para o empregador, o *trabalho* e os *resultados* da atividade do empregado”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 691.

⁷²ACKERMAN, Mario E.; TOSCA, Diego M. op. cit., p. 10-11.

Deste modo, procura afastar os argumentos de que aquele que trabalha visa à produção, sendo esta o resultado pretendido pelo empregador, ou de que o salário seria apenas um dos efeitos do trabalho, como se fosse possível separar o trabalho de quem o exerce, o sujeito trabalhador, que depende do salário para sua subsistência e a de sua família.

Como adverte, desde a Revolução Francesa que já se faz a associação do trabalho com a necessidade de subsistência, a indicar que a remuneração constitui o propósito imediato do trabalho, sem desconsiderar a possibilidade de outras motivações.

Por tal propósito, afirma, decorre a garantia de percepção de salário pelo Direito do Trabalho e pela Seguridade Social (neste caso, de benefício previdenciário equivalente). Considera, ainda, que o trabalhador é despojado do resultado da produção, do mesmo modo que não deve assumir os riscos deste resultado.

Disso decorre, conforme Ackerman, que a dependência que se supõe como uma mera subordinação jurídica relacionada ao trabalho, na verdade, é uma dependência econômica relacionada ao trabalhador.

No hay así, en la irremediable realidad de los hechos, *trabajo dependiente*, sino *trabajadores dependientes*.

[...]

Porque así como *trabajo humano* es un *pleonismo*, *trabajador dependiente* – o *subordinado* – y *libre* probablemente sea un *oxímoron*.⁷³

Explica que, sendo o trabalho uma necessidade humana, porque dele se obtém o salário para o sustento, do que resulta que não há opção entre trabalhar ou não, e, mais ainda, não tendo o trabalhador a opção entre ficar ou não com o resultado do trabalho, ou mesmo de escolher (e considerando a descentralização produtiva até mesmo de conhecer) a quem se atribuirá esse resultado, não há que se falar em liberdade.⁷⁴

⁷³ACKERMAN, Mario E.; TOSCA, Diego M. op. cit., p. 15.

⁷⁴“Fica implícito que, se as lojas abrem, os empregados trabalham. Então, talvez o autor se esteja referindo à liberdade de ‘troca’ capitalista, de acordo com a qual o trabalhador pode ‘escolher’ se quer ou não vender sua força de trabalho para determinado empregador, e o Estado não interfere. Mas tal contrato pressupõe uma igualdade de condições entre as partes, que, como sabemos, é ilusória. O mesmo ocorreria na negociação prevista pela lei, em que patrões e empregados deveriam chegar a um acordo sobre o trabalho aos domingos”. POPINIGIS, Fabiane. *Proletários de casaca: trabalhadores do comércio carioca (1850-1911)*. Campinas, SP: Ed. da Unicamp, 2007. p. 106. A autora refere-se a um artigo de *O Estado de S. Paulo*, onde o autor critica as exigências impostas pela lei para o trabalho aos domingos, considerando que “essa história que comércio aberto é escravidão de comerciário é demagógica, pois ninguém é obrigado a trabalhar no domingo”. Id. Ibid., p. 105-106.

A relação de trabalho é uma relação de dependência do trabalhador com o poder econômico e de direção do empregador, extrapolando o conceito meramente obrigacional e, também, o âmbito profissional, uma vez que, no exercício do poder de direção, conforme as necessidades da produção, o empregador acaba por atingir a vida pessoal deste trabalhador. Dessa perspectiva, de dependência e não de liberdade, é que se deve buscar a finalidade do Direito do Trabalho.

Para tanto, assinala ser necessário identificar os sujeitos desta relação, o trabalhador dependente e seu empregador, tarefa que se torna cada vez mais difícil, ao considerarmos as mudanças que vêm ocorrendo nas formas de produção.⁷⁵

Conclui pela necessidade de modificação do critério atual de subordinação jurídica para o de necessidade e, conseqüentemente, dependência econômica, visto ser esta a razão daquela e, também, do surgimento do Direito do Trabalho.

Debe empero advertirse – como seguramente ya se habrá advertido – que, en rigor, todo esto no remite a un debate *técnico*, sino *axiológico*.

Porque, en lo profundo, esto no supone hablar solamente de proteger a las personas que trabajan sino, antes aun, de *distribución equitativa de la riqueza* e de la función del *Estado*.⁷⁶

8.2. Natureza jurídica do vínculo de emprego

A doutrina reconhece ao menos duas teorias sobre a natureza do vínculo que se estabelece entre o empregado e o empregador – a teoria contratualista e a teoria anticontratualista.

A teoria contratualista entende que a relação de emprego nasce do contrato de trabalho, traduzido como acordo de vontades, aceitando-se a ideia de que o vínculo estabelecido entre empregado e empregador decorre de um consentimento, livremente manifestado.

⁷⁵No Brasil, podemos indicar como formas de exclusão de trabalhadores dependentes, pela norma jurídica, os casos de intermediação de mão de obra, como a que retira do trabalhador temporário o vínculo empregatício com o tomador de serviços, bem como, a interpretação jurisprudencial que se tem da terceirização, procedendo da mesma forma. Acrescente-se a insistente regulamentação do estágio como mera complementação do ensino. Lei 6.019/74; Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e Lei 11.788/08, respectivamente.

⁷⁶ACKERMAN, Mario E.; TOSCA, Diego M. op. cit., p. 38.

A teoria anticontratualista nega a existência de um consentimento prévio, bem como de um acordo de vontades, considerando o fato da prestação de serviços ou da inserção do trabalhador na empresa, respectivamente, a teoria da relação de trabalho e o institucionalismo.⁷⁷

Referimo-nos a estas teorias, neste ponto, por considerarmos que a opção entre estas teorias reflete um posicionamento também quanto aos valores que devem reger o Direito do Trabalho. Quer dizer, não é sem isenção que se afirma que a relação de emprego é um fato jurídico e não um ato jurídico.

Entendemos o trabalho como atividade humana, realizado em razão de uma necessidade econômica, constituindo a relação de trabalho uma relação de dependência econômica entre o trabalhador e aquele que detém os meios e os resultados da produção.

Deste modo, a não ser que se desconsidere o contexto histórico de surgimento do Direito do Trabalho, bem como a realidade social por ele regida, não vemos como afirmar a existência de um consentimento, manifestado livremente pelo trabalhador.⁷⁸

Por outras palavras, somente por ficção jurídica poderíamos aceitar a existência de um contrato, ou de um acordo de vontades, partindo-se da premissa de que, não se tratando de um trabalho involuntário, empregado e empregador empenham suas vontades, aquele no sentido da prestação de serviços, este no da aceitação do resultado.

Sob este aspecto contratual, a relação que se estabelece é de igualdade jurídica. Assim, a desigualdade fática existente entre empregado e empregador seria superada, pelo estabelecimento de condições mais favoráveis ao trabalhador.

No entanto, preferimos considerar a desigualdade social como fator preponderante para o surgimento do Direito do Trabalho, que tem por finalidade a realização da justiça

⁷⁷Orlando Gomes e Elson Gottschalk afirmam tratar-se de dois aspectos de uma mesma realidade: “Significa, em verdade, uma exageração da diferença entre aspectos de uma só e mesma realidade. O contrato é, com efeito, o aspecto subjetivo de um fato que se objetiva na relação. Ora, o problema consiste justamente em se saber se esse *aspecto subjetivo* pode ser eliminado, e não em se acentuar que difere do *aspecto objetivo*”. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 145. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 442, parece reunir as duas teorias: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. “Na verdade, o art. 442 celetista revela uma clara composição entre as vertentes contratualistas e acontratualistas”. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 318.

⁷⁸“Ao movimento de ideias que procura fundamentar a relação jurídica trabalhista fora dos quadros do direito civil e das teorias contratuais dá-se o nome de anticontratualismo. Esta nova atitude dos juristas não é um epifenômeno, mas sim um efeito das modificações maiores pelas quais o pensamento humano passou com as reações que se seguiram ao liberalismo filosófico e às condições de trabalho por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 573.

social, o que não se opera na simples regulação de um acordo de vontades.⁷⁹ Nem mesmo por ficção podemos aceitar o desaparecimento da necessidade econômica daquele que trabalha.

Do ponto de vista dos efeitos destas teorias, a título de exemplo, podemos perceber os desacertos da teoria contratual ao se deparar com a forma de produção descentralizada, não se concebendo uma dupla relação contratual entre empregado e prestador de serviços e entre este mesmo empregado e seu tomador de serviços. Considerando, ainda, nossa jurisprudência, nem mesmo a responsabilidade solidária do tomador de serviços pode ser aceita.⁸⁰

Adotamos a teoria da relação de emprego, que se estabelece dentro do modelo econômico capitalista, de dependência econômica do trabalhador, pessoa humana cuja dignidade deverá ser assegurada diante do fato da prestação de serviços⁸¹, fazendo-se realizar os princípios fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

A prevalência das normas de tutela sobre a concepção contratualista, com a supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, indica a caracterização da relação de emprego como fonte de obrigações, não o acordo de vontades.⁸²

Há sérias críticas às teorias anticontratualistas, relacionando-as ao regime autoritário em que surgiram, seja por admitir o surgimento de um vínculo de emprego sem

⁷⁹“... consideramos que o direito do trabalho encontra-se no âmbito do direito público, porque, como se está procurando sustentar, o direito do trabalho é instrumento de libertação, de emancipação política da classe trabalhadora, e essa ação constitui – a noção vem desde a antiguidade – a esfera pública”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit., p. 274.

⁸⁰Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços [...]”

⁸¹Ressalte-se o disposto no artigo 4º da CLT: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. Referimo-nos ao fato da prestação de serviços conforme esta regra, a do tempo à disposição do empregador, em oposição ao do tempo efetivamente trabalhado.

⁸²“28. Em relação aos contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das ‘normas’ de tutela sobre os ‘contratos’ acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista. 44. O que os objetantes não alcançaram foi o deliberado propósito de se reconhecer a correspondência e equivalência entre a ‘relação de emprego’ e o ‘contrato individual do trabalho’, para efeitos da legislação social, correspondência essa que a escola contratualista italiana nega, exigindo a expressa pactuação. 45. Na concepção do projeto, admitido, como fundamento de contrato, o acordo tácito, é lógico que a ‘relação de emprego’ constitui o ato jurídico suficiente para provocar a objetivação das medidas tutelares que se contém no direito do trabalho em vigor”. Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho.

considerar a manifestação de vontade, seja por reforçar a situação de desigualdade social entre empregado e empregador.⁸³

Por outro lado, argumentam que a restrita autonomia da vontade das partes, considerando-se o intervencionismo estatal, também não seria suficiente para retirar a natureza contratual do vínculo.⁸⁴

Como dissemos, preocupa-nos a opção pela teoria contratual pela carga axiológica dela decorrente, aceitando por ficção jurídica a existência da liberdade e a realização de uma igualdade jurídica. Ainda, a ênfase ao contrato também acaba por conduzir à classificação do Direito do Trabalho como ramo do Direito Privado, reduzindo a importância do interesse público, base sobre a qual se estrutura o Direito do Trabalho.

Discorrendo sobre o espaço da autonomia individual na normatização do Direito do Trabalho, afirma Souto Maior:

Do ponto de vista da teorização do direito do trabalho, a regulação individual não pode integrar-se à conceituação desse ramo jurídico, pois que faz presumir uma igualdade que não lhe é natural. Desse mesmo modo, não se deveria, também, falar em contrato de trabalho, pois “o pressuposto jurídico da ideia de contrato é que as partes sejam iguais e livres, de sorte que não apareça o fato de que uma das partes não é igual à outra, nem é livre”.⁸⁵

⁸³“Na verdade, as duas correntes teóricas acima expostas, fiéis à inspiração autoritária que presidiu sua formulação e desenvolvimento, não conseguiam disfarçar seu intento antidemocrático [...]” O autor refere-se às teorias da relação de trabalho e institucionalista. DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit., p. 320.

⁸⁴“Impressionados com essa diminuição relativa da disciplina contratual da relação de trabalho, negam muitos autores a existência do contrato [...]” SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. *Instituições de direito do trabalho*, 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1, 234. Capítulo escrito por Délio Maranhão. “A restrição fática (às vezes bastante intensa) da liberdade e vontade do trabalhador, no contexto da relação empregatícia concreta, não autoriza a conclusão simplista de que a existência do trabalho livre (e da liberdade, pois) e da vontade obreira não sejam da essência dessa relação jurídica”. DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit., p. 319-320.

⁸⁵SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit., p. 276-277. Transcreve entre aspas citação de Marilena Chauí, em “O que é ideologia”.

CAPÍTULO II. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1. Força normativa da Constituição

Conforme Konrad Hesse, o Direito Constitucional somente pode ser entendido como ciência jurídica, normativa, se for reconhecida a força normativa da Constituição, que se traduz na sua pretensão de eficácia. “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.⁸⁶

Para tanto, entende que deve ser afastada a ideia positivista de separação entre a realidade (Constituição real) e a norma (Constituição jurídica), em outras palavras, entre ser e dever ser.

[...] a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social.⁸⁷

Denomina de vontade de Constituição a força vital que a faz atuar na realidade, o que exige um compromisso com sua realização. Sua força e, consequentemente, sua vontade normativa, está na correlação que estabelece com a realidade.

Hesse defende que se estabeleçam princípios fundamentais cujo conteúdo possa ser desenvolvido, abarcando possibilidades de mudança e convívio de forças antagônicas. Tal proposta é essencial na teoria dos princípios que será desenvolvida, onde se afasta a ideia de princípios absolutos e previamente definidos.

O referido conteúdo exige uma interpretação construtiva, cujo limite está no respeito à proposição jurídica estabelecida.

⁸⁶HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 16. Original de 1959.

⁸⁷Id. Ibid., p. 24.

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma [...] Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.⁸⁸

2. Evolução do pensamento

Paulo Bonavides, sobre a teoria das normas constitucionais, leciona que o caráter político das declarações de direitos e dos preâmbulos das constituições advém da distinção que se fazia entre o valor político das declarações, sem caráter normativo, e o valor jurídico das garantias dos direitos, relacionando “ao período mais agudo de efervescência liberal”.⁸⁹

Segue uma segunda fase em que, consolidado o Estado liberal, dá-se “a absorção e positivação dos princípios básicos da ideologia burguesa”, com ênfase agora ao valor jurídico, tendo por conteúdo a estrutura do Estado e os direitos da liberdade.⁹⁰

Em suma, no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.⁹¹

Na passagem do Estado liberal para o Estado social, com o movimento do constitucionalismo social, o embate de ideologias faz retornar o valor político das constituições, com suas normas programáticas.

A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar.

⁸⁸HESSE, Konrad. op. cit., p. 22-23.

⁸⁹BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 227.

⁹⁰Id. Ibid., p. 228.

⁹¹Id. Ibid., p. 229.

[...] Com a programaticidade entra porém em crise o conceito ‘jurídico’ de Constituição.

[...] O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas.⁹²

O autor expressa, de modo enfático, a relação que estabelece entre a difícil mudança de valores da sociedade e o surgimento das chamadas normas programáticas ao sugerir, em outra passagem, que a análise histórico-teleológica “é talvez o instrumento interpretativo mais poderoso de que dispõe a hermenêutica das normas constitucionais, sobretudo da norma programática”.⁹³

Desta análise, a mudança de valores teria ocorrido com o movimento do constitucionalismo social, momento histórico que se relaciona também com uma nova perspectiva dos direitos fundamentais.

Não se deve por outro lado esquecer que a programaticidade das normas constitucionais nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas.⁹⁴

Portanto, e com base nesta doutrina, a previsão constitucional de direitos sociais (incluindo os trabalhistas), como direitos fundamentais, fez surgir normas constitucionais programáticas, gerando desta forma a inversão de valores que se pretendia realizar.

Dito de outra forma, o direito social torna-se fundamental; no entanto, os direitos fundamentais, antes de eficácia plena (os de liberdade: burguesa), tornam-se programáticos.

Referindo-se ao paradoxo identificado por Carl Schmitt, relata Bonavides:

⁹²BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 232.

⁹³Id. Ibid., p. 245.

⁹⁴Id. Ibid., p. 246.

[...] Diz ele que quanto mais fundamental o direito da liberdade mais fraco e inerte se revelará, enquanto, ao revés, disposições de teor material secundário, periférico e fortuito, lograrão altíssima eficácia e o mais subido e sacrossanto caráter de direito fundamental (reportava-se Schmitt à Constituição de Weimar e ao povo alemão) [...] ⁹⁵

Refletindo sobre tal paradoxo, voltamos ao movimento do constitucionalismo social. Seu significado teria sido a inclusão de direitos sociais na Constituição, conferindo, a estes direitos, novo “status”, agora de norma constitucional.

Anteriormente, no que se referem às normas trabalhistas, estas constavam da lei infraconstitucional, já estando regidas desde o seu surgimento pelo princípio da proteção, porque nascidas com a finalidade específica de realização da justiça social.

Nesse “status” inferior, tínhamos uma lei cuja interpretação já exigia o cumprimento desta finalidade, ou deste princípio, em seu desdobramento em regra “in dubio pro operário”.

Ainda, em caso de lacuna, a possibilidade de utilização do princípio como forma de integração do ordenamento jurídico trabalhista, conforme expressa previsão no artigo oitavo da Consolidação das Leis do Trabalho.

Alçados à condição de norma constitucional, e a partir de 1988, de normas fundamentais da ordem jurídica, os princípios jurídicos geram os mesmos efeitos de natureza interpretativa e integrativa, acrescentando-se apenas a condição hierárquica superior, deixando de recepcionar e impedindo futuras leis que lhe sejam contrárias.

Nisto se resumiria a mudança de valores de um Estado Liberal para um Estado Social, em nada alterando sua nova condição de norma fundamental da ordem jurídica.

Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

[...] Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.

[...] A inserção constitucional dos princípios, ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. ⁹⁶

⁹⁵BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 250.

⁹⁶Id. Ibid., p. 258-259.

Com base na doutrina de Bonavides, Ruy Samuel Espíndola estabelece a relação da evolução do pensamento com as fases do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo.⁹⁷

Tem-se, desta forma, o princípio como ideal de justiça, passando para o princípio como fonte indireta (fonte normativa subsidiária), ou seja, forma de integração do ordenamento jurídico, e, por fim, o princípio como norma.⁹⁸ “Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito.”⁹⁹

Estabelece, ainda, a relação com a mudança da concepção privatística, com a previsão dos princípios nos Códigos, para a concepção publicística, com a inserção dos princípios nas constituições, constituindo os valores fundamentais da ordem jurídica.

Os princípios, então, dado este movimento epistêmico no âmago da Ciência Jurídica, percorreram o seguinte caminho metodológico – com consequências no âmbito do Direito Positivo: da servil normatividade no Direito privado à senhora juridicidade no Direito Público.¹⁰⁰

2.1. Normas constitucionais programáticas

Em José Afonso da Silva temos a indicação de três conceitos: “a) normas constitucionais de princípio; b) normas constitucionais de princípios gerais, também denominadas normas-princípios; e c) princípios gerais do direito constitucional”.

As normas constitucionais de princípio constituem as denominadas normas constitucionais de eficácia limitada, referindo-se a normas que “contêm o início”.

Estas normas constitucionais de eficácia limitada são divididas em dois tipos: as definidoras de princípio institutivo ou organizativo e as definidoras de princípio programático.

⁹⁷“A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”. Id. Ibid., p. 259.

⁹⁸“O advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos precipitaram a decadência do Direito Natural clássico”. Id. Ibid., p. 235.

⁹⁹ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 59.

¹⁰⁰Id., loc. cit.

As normas constitucionais de princípios gerais ou “normas-princípios” são as normas fundamentais da Constituição “(A Constituição de 1988 as chama de princípios fundamentais)”, ao lado das normas constitucionais não fundamentais que “contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica nacional”, sendo ambas de eficácia plena.

Já os princípios gerais do direito constitucional são próprios da ciência do direito constitucional e não são normas.¹⁰¹

A Constituição de 1988 é inaugurada com os princípios fundamentais, indicando como fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

No título “Da Ordem Econômica e Financeira”, dentro do capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, dispõe que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa:

[...] significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, [...] ¹⁰²

Dispõe ainda a Constituição que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, devendo ser observados os princípios que enumera.

[...] o julgamento de valor do juiz lhe deixa terreno amplo para o exercício de uma função interpretativa criadora, porque a Constituição não dá o conceito de valorização do trabalho humano, nem de existência digna, nem de ditames da justiça social, limitando-se a indicar certos princípios a serem observados, mas não bem definidos. Tais conceitos o juiz os encontrará nas ciências sociais e éticas [...] ¹⁰³

¹⁰¹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 118-121.

¹⁰²Id. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 788.

¹⁰³Id. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 160.

A Constituição de 1967, em seu artigo 157, já afirmava: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.

Com a emenda constitucional n. 1, de 1969, em seu artigo 160: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.¹⁰⁴

[...] no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – *a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego* – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de *humanizar-se* (se é que isso seja possível).¹⁰⁵

Referidos princípios são denominados pelo autor de princípios de integração, “porque todos estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social”.¹⁰⁶

Observamos que “a busca do pleno emprego”, um dos princípios da ordem econômica atual, não constava na constituição de 1967. Nesta, em sua redação original constante do art. 157, não há qualquer referência ao emprego.

Na redação conferida pela emenda constitucional n. 1, de 1969, em seu art. 160, a ordem econômica e social tinha por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base no princípio, dentre outros, da “expansão das oportunidades de emprego produtivo”.¹⁰⁷

¹⁰⁴Segundo Pontes de Miranda: “O art. 160 constitui *recomendação* [...] O princípio, por si, é útil, principalmente na parte final do artigo em que se concretiza a programática constitucional. Todo ele serve à interpretação do sistema jurídico e afasta que as leis com tais fins se tenham por inconstitucionais, o que de certo modo é sanção”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Com a Emenda n. I, de 1969. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. p. 28.

¹⁰⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 790.

¹⁰⁶Id. Ibid., p. 796.

¹⁰⁷Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] VI – expansão das oportunidades de emprego produtivo.

O princípio da “expansão das oportunidades de emprego produtivo” foi alterado, pela Constituição de 1988, para princípio da “busca do pleno emprego”. “Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa [...]”¹⁰⁸

Após discorrer sobre a constitucionalização da ordem econômica no Brasil a partir de 1934, conforme o modo de produção capitalista, explica:

[...] os *elementos sócio-ideológicos* são o conjunto de normas que revela o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista.

[...] as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais, reveladas nesses elementos sócio-ideológicos, pretendem a realização do valor-fim do Direito: a *justiça social*, que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista.¹⁰⁹

O autor denomina o conjunto dos princípios de direitos econômicos e sociais de “conteúdo social das constituições”, constituindo, muitas de suas normas, as normas constitucionais de princípio programático.

Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático* [...] ¹¹⁰

Ao dizer sobre a eficácia das normas constitucionais sócio-ideológicas, constantes dos artigos 170 a 232 da Constituição, afirma o autor a existência, entre elas, de normas de eficácia limitada, seja de princípio institutivo, seja de princípio programático.

¹⁰⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 797.

¹⁰⁹Sobre a constitucionalização da ordem econômica, relata “que teve início com a Constituição Mexicana de 1917”. Sobre sua constitucionalização no Brasil, que se deu “sob a influência da Constituição alemã de Weimar”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 786-788. Pontes de Miranda, em criteriosa análise histórica dos textos constitucionais desde o Império, transcreve os artigos correspondentes. A previsão do princípio da justiça, “de modo que possibilite a todos existência digna”, inicia-se com a Constituição de 1934, em seu art. 115, retornando na Constituição de 1946, em seu art. 145, e na Constituição de 1967/1969. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. op. cit., p. 27-28.

¹¹⁰SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 137.

Desta análise, exclui expressamente o artigo sétimo da Constituição de 1988. Diz o autor que os direitos dos trabalhadores, que em Constituições anteriores foram nitidamente programáticos, hoje possuem eficácia plena, excetuando os incisos V, XX e XXVII.

Não parece haver dúvida: todos os direitos constantes dos incisos daquele artigo (salvo os direitos indicados nos incisos V, XX e XXVII, ainda programáticos; o direito de participação nos lucros, inciso XI, já foi regulamentado, deixando de ser programático; se a regulamentação é ou não satisfatória é outra questão) foram diretamente conferidos pelo constituinte aos trabalhadores, reservando-se, além deles, outros que, programaticamente, visem à melhoria de sua condição social.¹¹¹

Sobre os princípios constitucionais, entende que há uma distinção entre normas e princípios, sendo estes direito positivo, servindo como fonte de Direito, interpretação e aplicação do direito positivo, bem como limitando a atividade do legislador. Os princípios são programáticos, mas plenamente eficazes e diretamente aplicáveis.

[...] Esses princípios são programáticos, mas apenas no sentido de que definem as bases dos fins e tarefas estatais e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. Constituem Direito imediatamente vigente e são diretamente aplicáveis.

[...] não de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada, como *princípios-condição* da justiça social.¹¹²

A diferença estabelecida pelo autor entre normas e princípios é fundamental. Segundo a diferença que estabelece, as disposições constitucionais podem ter eficácia plena, contida ou limitada, sendo as disposições de princípio programático de eficácia limitada.

O mesmo não ocorre com os princípios, que constituem direito positivo, mas, segundo afirma, não são normas que tutelem, diretamente, situações subjetivas, sendo programáticos com eficácia plena.

¹¹¹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 193.

¹¹²Id. Ibid., p. 142-144.

Desenvolveremos o tema a seguir. De pronto, não há distinção entre normas e princípios. As disposições constitucionais traduzem normas que podem ser regras ou princípios. Segundo, todas as normas, regras ou princípios, tutelam diretamente direitos subjetivos. Terceiro, os princípios, sendo normas, não são simplesmente instrumentos de integração, interpretação ou aplicação do direito. Nisto se resume, efetivamente, a mudança do Estado liberal para o Estado social.

3. Princípios

A força normativa dos princípios não é um tema novo, sendo atualmente objeto de debate, do qual se ocupa o Direito Constitucional, buscando-se conferir efetividade ao texto constitucional.

Segundo Paulo Bonavides: “A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrar já [...] formulada em 1952 por Crisafulli [...]”¹¹³ O autor indica ainda como precursores Boulanger, Esser, Dworkin e Alexy.¹¹⁴

Afirma-se que a norma é composta de regras e de princípios. A forma de abordagem desta afirmação, no entanto, difere em vários aspectos, conforme a doutrina que se adote.

Nesse ponto, convém salientar a crítica de Virgílio Afonso da Silva, sobre a existência na doutrina brasileira do que denomina de um “sincretismo metodológico”. “Esse sincretismo metodológico, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem”.¹¹⁵

Por tal motivo, convém separar os autores em suas abordagens, estabelecendo algumas comparações. Pretendemos, num primeiro momento, apenas demonstrar que, em qualquer das abordagens, não há dúvida quanto à força normativa dos princípios.

¹¹³BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 257.

¹¹⁴Leciona sobre a doutrina de Boulanger que este estabelece uma diferença de natureza entre princípio e regra jurídica, sendo esta relacionada a uma situação jurídica determinada e, quanto àquele: “O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*”. Id. Ibid., p. 267.

¹¹⁵SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 625, 2003

3.1. Força normativa dos princípios

Segundo Canotilho, a tradicional distinção entre normas e princípios deve ser substituída pela distinção entre regras e princípios como duas espécies de normas.

Sobre a função dos princípios, explica a distinção entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos, sendo, os primeiros, forma de interpretação e de integração do ordenamento jurídico, e os segundos, uma espécie de norma.

Nos princípios-normas identifica e denomina uma “função normogénética”, como “fundamento de regras jurídicas”, e uma “função sistémica”, que lhes confere “uma idoneidade irradiante”.

Entende a constituição portuguesa como “sistema aberto de regras e princípios”, coexistência que revela um modelo em que se afastaria o legalismo, mantendo-se a segurança jurídica.¹¹⁶

Estabelece uma diferença qualitativa entre regras e princípios, ao mesmo tempo em que pressupõe uma estrutura, um sistema interno de regras e princípios de diferente grau de concretização: “a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização”.¹¹⁷

Propõe uma divisão em princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais especiais e regras constitucionais, os quais “constituem um sistema interno”. “Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição)”.¹¹⁸

A doutrina de Canotilho confere às regras e aos princípios constitucionais o sentido de lei, de direito positivo, referindo-se à doutrina de Konrad Hesse sobre a “força normativa da constituição”.

¹¹⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160-1164.

¹¹⁷Id. Ibid., p. 1173.

¹¹⁸Id. Ibid., p. 1175.

Neste ponto, procura rever o sentido das normas programáticas. “Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das **normas constitucionais programáticas**”.¹¹⁹

Conclui o autor que “deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’ [...]” atribuindo o entendimento consolidado na doutrina tradicional ao “conteúdo altamente filosófico e doutrinário das declarações de direitos, ao que acrescia, algumas vezes, a sua inserção fora do articulado da constituição”, considerando ainda, quanto aos direitos, liberdades e garantias, que: “Hoje, é a própria constituição a prescrever a aplicabilidade directa”.¹²⁰

Depreende-se da doutrina até aqui exposta duas reformulações com relação à doutrina clássica: o reconhecimento do princípio como norma, com eficácia normativa e aplicabilidade imediata, e o fim da programaticidade da norma constitucional. Nossa intenção, nesse momento, é demonstrar a adoção pela doutrina da força normativa dos princípios.

Fizemos a exposição da divisão de princípios por grau de concretização para apontar a crítica de Virgílio Afonso da Silva:

[...] Canotilho [...] se dedica, *expressamente*, à construção do direito constitucional "com base numa perspectiva 'principlista' (baseado em princípios), perspectiva esta inspirada em Dworkin e Alexy, mas com aberturas para as concepções sistémicas e estruturantes (sentido de Luhmann e de Müller)". Difícil é saber se essa tarefa é realizável.¹²¹

Conforme Virgílio, as doutrinas de Dworkin e Alexy são incompatíveis com as de Luhmann e Müller. Nos primeiros, a distinção entre regras e princípios é de caráter lógico, não de grau de concretização.¹²² A proposta de Robert Alexy será exposta em tópico específico.

¹¹⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1176.

¹²⁰Id. Ibid., p. 1177-1178. No plano brasileiro, há que se combater a doutrina das chamadas “normas constitucionais programáticas”, destituídas de aplicabilidade, buscando extrair a máxima efetividade dos preceitos referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 113.

¹²¹SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p. 627. A citação foi extraída da nota de rodapé de número 64.

¹²²Id. Ibid., p. 609.

Não são necessárias grandes digressões teóricas e metodológicas para fundamentar a tese, aqui defendida, de que as teorias de Müller e Alexy são incompatíveis [...]

Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamento; enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento.¹²³

No mesmo sentido quanto à força normativa dos princípios, temos Barroso, também estabelecendo entre regras e princípios uma diferença de grau de fundamentalidade.

[...] A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

[...] já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.¹²⁴

A mesma crítica sobre a distinção de regras e princípios, na doutrina de Barroso, é exposta por Virgílio Afonso da Silva:

A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor – e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil – mas a ideia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. No âmbito dessa distinção, são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais [...]

¹²³SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 136-139.

¹²⁴BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.

Luís Roberto Barroso, por fim, fala em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais.¹²⁵

Na interpretação constitucional, conforme Barroso, faz-se necessária a construção do texto, ainda mais que se considere: sua linguagem abstrata (como no conceito de justiça social); seu conteúdo específico, formado também por normas de conduta, mas precipuamente, por normas de organização e por normas programáticas, gerando estas últimas, afirma, “um direito subjetivo *negativo* de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames”; e, seu caráter político, materializado em suas normas e exercido nos limites destas.¹²⁶

Classifica as formas de interpretação quanto aos resultados ou à extensão em declaratória, extensiva e restritiva.¹²⁷ Neste mesmo sentido, Andrade: “De conseguinte, entre a letra da lei (significante) e o seu espírito (significado) pode haver harmonia ou não. Conforme o resultado, fala-se em interpretação declarativa, extensiva e restritiva”¹²⁸.

Referindo-se aos métodos de interpretação, ao dizer sobre a interpretação sistemática e abordando o princípio da continuidade da ordem jurídica, com a necessária convivência da ordem jurídica infraconstitucional precedente com uma nova constituição, afirma que: “Essa tarefa, de fato, não se viabilizaria se todas as normas, mesmo as anteriores à Constituição em vigor, não recebessem dela um novo fundamento de validade, subordinando-se aos valores e princípios nela consagrados”.¹²⁹

Apesar da proposta de construção do texto constitucional e da afirmação da existência de normas-princípio, o conceito de princípio como fundamento da ordem jurídica acaba por manter os métodos tradicionais de interpretação, incluindo a referência à interpretação sistemática.

Faremos uma crítica mais específica no tópico em que trataremos da proposta de Gustavo Zagrebelsky. Entendemos que o estabelecimento da distinção entre regras e

¹²⁵SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, cit., p. 612.

¹²⁶BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 107-116. Em José Afonso da Silva, após considerar a existência de situações subjetivas negativas ou de vínculo e situações subjetivas ou de vantagem: “... podemos encerrar essas considerações com a afirmativa de que, se as normas constitucionais programáticas não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, geram-nos em seu aspecto negativo [...]” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 178.

¹²⁷BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 120.

¹²⁸ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 115.

¹²⁹BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 142.

princípios por grau de fundamentalidade, de generalidade ou de abstração acaba retirando do princípio sua força normativa.

Ao se referir à interpretação evolutiva, reconhece uma limitação diante da existência de significados mínimos no texto constitucional.

Essa interpretação evolutiva se concretiza, muitas vezes, através de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados [...] que podem assumir significados variados ao longo do tempo [...] Naturalmente, a interpretação evolutiva, sem reforma da Constituição, há de encontrar limites.¹³⁰

3.2. A proposta de Robert Alexy¹³¹

3.2.1. Conceito de norma

Começa por diferenciar norma de enunciado normativo. “O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo [...] Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo.”¹³²

Com base na Constituição alemã, e adotando um critério formal, afirma que “são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado ‘Os Direitos Fundamentais’ [...] bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts [...]” (os que autorizam o recurso à reclamação constitucional).¹³³

O autor afasta (como critérios decisivos) o critério substancial, que vincula os direitos fundamentais à concepção de Estado (Liberal ou Social), e o critério estrutural, que os vincula à garantia de direitos subjetivos (o que afastaria disposições que o façam indiretamente).

¹³⁰BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 151-154.

¹³¹Ressalta o autor, na introdução, que se trata de “uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 29.

¹³²Id. Ibid., p. 53-54. “Toda norma é, pois, produto da interpretação de um sinal linguístico, quase sempre um texto”. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, cit., p. 617.

¹³³ALEXY, Robert. op. cit., p. 68.

Decorrem daquelas disposições de direitos fundamentais as normas de direitos fundamentais diretamente expressas (estabelecidas), e as normas de direitos fundamentais atribuídas, estas decorrentes de uma “relação de refinamento” ou “de fundamentação”, por sua indeterminação (abertura), seja quanto aos termos, seja quanto à imposição proposta pela norma.¹³⁴

As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas.

[...]

A discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional.¹³⁵

A determinação de quais seriam normas de direitos fundamentais, dentre as atribuídas, exige um critério normativo, o da validade da norma, reunindo os critérios jurídico, sociológico e ético (no caso das diretamente estabelecidas, a validade jurídica está na sua positivação pelo texto constitucional).¹³⁶

Denomina de “correta fundamentação referida a direitos fundamentais”, ou “argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente”, estendendo-o também para as diretamente estabelecidas, neste caso bastando sua fundamentação pelo critério jurídico. “[...] normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”.¹³⁷

¹³⁴Exemplifica com o artigo 5º, § 3º, 1: “[...] a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”. Id. Ibid., p.69. A disposição normativa obriga, a partir da primeira norma (devem ser livres), uma segunda norma (O Estado deve promover, ou abster-se etc.).

¹³⁵ALEX, Robert. op. cit., p. 73.

¹³⁶O autor considera insuficiente o critério empírico, que consideraria fundamentais as atribuídas pela jurisprudência e pela doutrina.

¹³⁷Id. Ibid., p. 76. O critério da “correta fundamentação referida a direitos fundamentais” parece afastar a conotação positivista em sua teoria. Nesta proposta, o autor reúne três conceitos diferentes: o conceito de norma (estabelecidas ou atribuídas) e os conceitos de relevância normativa e de fundamento de norma (critérios utilizados como fundamentação).

3.2.2. Estrutura da norma

No conceito de norma, afirma o autor que “[...] enunciados normativos expressam algo que *deve ser*”, sendo a norma o gênero, do qual princípios e regras são espécies, constituindo, tal distinção, a base de suas teorias.¹³⁸

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.

[...]

Constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais.

[...]

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.

[...]

A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.¹³⁹

A diferença entre regras e princípios não está simplesmente no grau de generalidade ou de abstração – a diferença é qualitativa.¹⁴⁰

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] (são) *mandamentos de otimização* [...] satisfeitos em graus variados [...] O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

[...] *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas [...] contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.¹⁴¹

¹³⁸ALEXYY, Robert. op. cit., p. 58.

¹³⁹Id. Ibid., p. 85-87.

¹⁴⁰A referência a estes critérios, pelo autor, dá-se em razão de sua frequente utilização pela doutrina. No entanto, esclarece que tais critérios não são suficientes para uma teoria dos direitos fundamentais. “Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil.” SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, cit., p. 609.

¹⁴¹ALEXYY, Robert. op. cit., p. 90-91. “Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los.” SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, cit., p. 617.

O conflito entre regras resolve-se, no caso concreto, pela introdução de uma cláusula de exceção (em uma das regras), ou pela declaração de invalidade de uma das regras (o que pode ocorrer pela prevalência de lei especial sobre a geral, ou revogação por lei posterior). Percebe-se, pela explicação, que o conflito é aparente, dado que uma das regras não será válida.¹⁴²

A colisão entre princípios resolve-se, no caso concreto, pela precedência de um sobre o outro naquelas condições, sendo ambos válidos, e tal relação de precedência válida apenas nestas condições (teoria das relações de precedências condicionadas). Ocorrendo tais condições, significa que a ação proposta por um dos princípios (o que será preterido) implica na violação a um direito fundamental.¹⁴³

Tal ação, esta que, sob certas condições, viola um direito fundamental, está proibida, resultando esta proibição na formulação de uma regra: “se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”. Por outro lado, a ação resultante do estabelecimento da relação de precedência, sob certas condições, também gera uma regra. A letra C é, ao mesmo tempo, “a condição de uma relação de precedência” e “o pressuposto do suporte fático de uma regra”.¹⁴⁴

A regra decorrente da relação de precedência condicionada é uma norma de direito fundamental atribuída.

3.3. A proposta de Gustavo Zagrebelsky

Zagrebelsky, dissertando sobre o Direito Constitucional atual, explica que houve uma passagem do Estado como pessoa soberana para o Estado Constitucional, o que implica na necessária mudança da ideia do direito, que não se reduz a um direito do Estado, ou num “direito positivo” deste Estado.¹⁴⁵

¹⁴²“Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida”. ALEXY, Robert. op. cit., p. 92.

¹⁴³“[...] um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”. Id. Ibid., p. 93.

¹⁴⁴Id. Ibid., p. 98-99.

¹⁴⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Pessoa no sentido de máscara, a encobrir os interesses representados. Soberania como justificativa, inclusive, para as guerras mundiais.

Se podría decir simplifcadamente que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas.¹⁴⁶

[...]

Hoy en día el significado debe ser construído.¹⁴⁷

Admite a expressão soberania da Constituição, desde que não signifique a mera transposição de força do Estado (“Estado de força”) para a Constituição, mas possa representar forças e interesses antagônicos, plurais, inclusive, supra-estatais. Refere-se a uma política constitucional, de construção e realização de uma Constituição aberta.

A tolerância constitucional que se propõe exige coexistência de valores e princípios, e compromisso, herdando do passado a maturidade necessária, não o desolamento ou a desesperança, para conferir plenitude e força à vida (ou realidade) constitucional.

Neste contexto plural e aberto, afasta conceitos absolutos de princípios, cujas contradições deverão ser resolvidas na prática. A dizer, uma atitude mental aberta às possibilidades, combinada a uma ação de concordância.

Nesse sentido, defende uma dogmática fluida, líquida, de coexistência de conteúdos, pluralidade de valores e de princípios.

O Estado de direito liberal, com seu respectivo princípio da legalidade (soberania da lei), agia somente quando autorizado pela lei, enquanto para os indivíduos a lei não significava autorização para agir, mas um limite a ser respeitado. A ausência de lei implicava para o Estado uma impossibilidade de atuação e, para os indivíduos, uma implícita autorização.

Neste denominado Estado de direito legislativo, os mecanismos de integração do ordenamento jurídico, bem como sua interpretação sistemática, são instrumentos típicos de uma pressuposta unidade, ou sistema, cuja estrutura seria sustentada por princípios. “Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 10.

¹⁴⁷Id. Ibid., p. 13. Refere-se ao direito constitucional.

¹⁴⁸Id. Ibid., p. 33. Refere-se o autor ao significado desta concepção do direito, chamada de positivismo jurídico.

No atual Estado constitucional, a lei está submetida ao direito estabelecido pela Constituição, sendo necessária, entretanto, a mudança da concepção do direito. De Estado omissivo, passamos para um Estado promocional. Também a liberdade individual não está mais amplamente autorizada, mas comprometida com o atual Estado social.

[...] hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes e las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento.

[...]

Si pensásemos, mediante una transposición del viejo orden conceptual, en una mecánica unificación de arriba hacia abajo, por medio de una fuerza jurídica jerárquicamente superior que se desarrolla unilateral e deductivamente a partir de la Constitución, invadiendo todas las demás y subordinadas manifestaciones del derecho, andaríamos completamente errados.¹⁴⁹

Propõe-se a distinção entre os direitos e a lei e entre a justiça e a lei. As leis são regras estabelecidas pelo legislador (conferem direitos do ponto de vista formal, não material). Os direitos humanos são pretensões subjetivas absolutas, independentes da lei.¹⁵⁰ A unidade, diante da pluralidade de leis, dar-se-á pelos princípios de justiça material.¹⁵¹

O direito é composto por regras e princípios.

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.

[...]

[...] sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico.

[...] Las reglas, em efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.¹⁵²

¹⁴⁹ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 39-40.

¹⁵⁰Id. Ibid., p. 47.

¹⁵¹Id. Ibid., p. 93.

¹⁵²Id. Ibid., p. 109-110. A Constituição pode também conter regras, além dos princípios.

Os métodos de interpretação quanto ao significado linguístico servem apenas para as regras, devendo os princípios ser entendidos por seu significado cultural e axiológico. As regras determinam uma conduta em situações previamente especificadas, enquanto os princípios indicam critérios para a tomada de posição em situações concretas ainda não especificadas.

Deu-se uma mudança estrutural do direito – do direito por regras do Estado legislativo para o direito por princípios do Estado constitucional. Os princípios são normas que devem ser aplicadas pelos juízes, e a dificuldade encontrada em aceitar o princípio como norma ocorre por não se perceber a referida mudança. A crítica ao positivismo deve implicar no abandono de suas estruturas e de seus modelos.

No Estado constitucional, os juízes não estão condicionados ao legislador para a realização do direito, não são máquinas de subsunção da regra ao caso concreto. As regras são feitas pelo legislador, não todo o direito. O direito por princípios somente pode ser realizado pelos juízes.

Há que se advertir que os princípios constitucionais são o resultado de opções políticas, da vontade humana, fazendo positivar a justiça e os direitos humanos na Constituição, não se tratando, portanto, de retorno ao direito natural, mas de sua positivação.

O princípio é, também, direito positivo, qualitativamente diverso da regra. Sua função não é mais supletiva, nem de mera integração do ordenamento jurídico ou de auxiliar na interpretação da regra, tendo força normativa e densidade axiológica superior à da regra.

3.4. Pontos de convergência

Depreende-se, do até aqui exposto, que a distinção entre regras e princípios por grau de fundamentalidade, de concretização, de generalidade ou de abstração pressupõe um sistema, sendo os princípios hierarquicamente superiores. Neste sentido, temos as doutrinas de Canotilho e Barroso.

Por tal doutrina, não existiria colisão entre princípios ou entre princípios e regras. Desse modo, existindo as regras, basta que sejam interpretadas conforme os princípios (que formam um sistema). Inexistindo as regras, aplica-se o princípio, dada sua força normativa.

Percebe-se que a construção desta doutrina em nada difere da doutrina tradicional. Os princípios continuariam a ter as funções de integração do ordenamento jurídico, no caso de lacuna, e de interpretação das regras.

Nas propostas de Alexy e de Zagrebelsky, de efetiva construção do direito, regras e princípios são qualitativamente distintos, inexistindo hierarquia entre estas normas. Assim, a aplicação de regras ou princípios dependerá do caso concreto, sendo amplo o suporte fático da norma (suporte fático abstrato).

Isto porque, conforme Zagrebelsky, a Constituição abarca interesses antagônicos, o que parece evidente, considerando a Constituição brasileira, quando se propõe a realização da justiça social dentro de um sistema capitalista.

Os princípios, para Alexy e Zagrebelsky, contêm possibilidades, não tendo um conteúdo previamente definido. Significa, para ambos, que não há um projeto único a ser deduzido do texto constitucional. A construção do direito far-se-á no caso concreto, conforme as condições que este apresente.

[...] la única regla formal de la que quepa hablar sea la de la ‘optimización’ posible de todos los principios, pero cómo alcanzar este resultado es una cuestión eminentemente práctica y ‘material’.

[...] Las reglas son aplicables a la manera del ‘todo o nada’ [...] Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, [...] principios [...] presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia.¹⁵³

Voltaremos ao tema nos próximos capítulos, incluindo a análise de algumas decisões, no último capítulo.

¹⁵³ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 125.

CAPÍTULO III. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil anuncia em seu preâmbulo “[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]”¹⁵⁴

No título I, “Dos Princípios Fundamentais”, dispõe que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, como um dos objetivos fundamentais, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.¹⁵⁵

O Direito do Trabalho deve oferecer novos instrumentos que tenham a finalidade de tentar garantir a todos os cidadãos o acesso a um “trabalho decente”, numa política de promoção dos direitos humanos fundamentais inspirada pelo artigo 1º de nossa Constituição, que aponta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.¹⁵⁶

No título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em seu Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, declara os direitos sociais no artigo 6º, entre eles o trabalho, regulamentado nos artigos 7º a 11, com os direitos dos trabalhadores.¹⁵⁷

¹⁵⁴BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

¹⁵⁵Id. Ibid.: artigos 1º, inciso III e IV, e, 3º, inciso I. Conforme Rizzatto Nunes, referindo-se à dignidade da pessoa humana: “E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional”. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46.

¹⁵⁶SILVA, Otávio Pinto e. A nova face do direito do trabalho: tecnologia, desemprego, trabalho autônomo e trabalho informal. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 82, p. 95-103, 2005.

¹⁵⁷“[...] para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna [...]” NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. op. cit., p. 51. Rizzatto Nunes refere-se expressamente, neste trecho, à doutrina de Celso Antonio Pacheco Fiorillo. “Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35. Refere-se expressamente, o autor, à concepção de Kant sobre a dignidade da pessoa.

Da visão liberal de liberdade públicas ao reconhecimento de direitos sociais, das conquistas do *Welfare State* ao reconhecimento do desenvolvimento como forma de liberdade, consolidou-se a noção do Estado como promotor dos direitos fundamentais, principalmente pelo reconhecimento do conflito social como questão jurídica e pela consagração da função distributiva como um dos principais atributos do Estado.¹⁵⁸

Bercovici e Massonetto advertem-nos para o que denominam “objetivação das políticas públicas”. No Estado liberal, a igualdade jurídica pretendia ocultar as desigualdades sociais, como forma de manutenção do sistema capitalista. No Estado social, a manutenção do sistema exige o reconhecimento das desigualdades sociais e a superação da dicotomia entre Estado e sociedade.

Se em um primeiro momento bastava ao Estado reconhecer a igualdade jurídica para evitar o colapso do sistema pelo aprofundamento de suas contradições, no século XX a manutenção do sistema vai exigir do Estado o reconhecimento da diferença, a assimilação parcial do conflito, para que se mantenham as condições objetivas necessárias à livre circulação do capital e ao apaziguamento da radical contradição do sistema.¹⁵⁹

No entanto, a assimilação do conflito social pelas regras jurídicas, com promessas de políticas públicas, converte-as em mercadoria, mantendo-se a dicotomia entre Estado e sociedade. “A classe trabalhadora que se pretendia sujeito das políticas de *Welfare* transforma-se em mero destinatário das políticas públicas, com a substituição da conquista pela ideia de promessa”.¹⁶⁰

Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável [...] ¹⁶¹

¹⁵⁸BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 61, jan./jun. 2007.

¹⁵⁹Id. Ibid., p. 62. Conforme Fábio Konder Comparato: “Os direitos humanos de proteção ao trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores [...]” op. cit., p. 67.

¹⁶⁰BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. op. cit., p. 63.

¹⁶¹Id. Ibid., p. 36. Refere-se expressamente, o autor, à teoria de Kant sobre a distinção entre pessoa e coisa.

2. Direitos humanos fundamentais

2.1. Conceito

A terminologia comumente utilizada distingue entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, correspondendo, respectivamente, aos direitos naturais (portanto, ainda não positivados), aos direitos positivados nos documentos internacionais, com validade universal e caráter supranacional, e aos direitos positivados internamente em cada Estado.¹⁶²

[...] “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).¹⁶³

Segundo Ingo Sarlet, “direitos do homem” teria uma “conotação marcadamente jusnaturalista”, pertencendo à fase que denomina de “‘pré-história’ dos direitos fundamentais”.¹⁶⁴

O autor faz menção, ainda, à expressão “direitos humanos fundamentais”, cuja proposta é a de “ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais”.

Entende que, a par da necessária aproximação que se deve fazer, haveria ainda uma “distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção”, dependendo os direitos humanos de uma recepção pelo direito interno (e da própria forma que esta recepção é feita).¹⁶⁵

A Constituição brasileira reconhece os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, pelo artigo 5º, parágrafo segundo, e, no parágrafo terceiro, quanto aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, reconhece sua

¹⁶²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010. p. 29.

¹⁶³Id. Ibid., p. 30.

¹⁶⁴Id. Ibid., p. 30.

¹⁶⁵Id. Ibid., p. 33-34.

equivalência às emendas constitucionais, quando aprovados pelo mesmo quórum exigido por estas.¹⁶⁶

O que se conclui do exposto é que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.¹⁶⁷

Diante da teoria adotada neste trabalho de um suporte fático amplo dos princípios constitucionais, reconhecidos e, portanto, positivados, no artigo 5º, parágrafo segundo da Constituição, a permitir, no sopesamento dos princípios, uma argumentação pautada nos documentos internacionais, não vemos distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, conforme os conceitos acima, do ponto de vista do grau de proteção.

A expressão “direitos humanos fundamentais”, se tem como proposta a aproximação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, parece-nos mais adequada.

Com esta mesma proposta de reunir as formas de positivação, temos a distinção entre direitos humanos, como aqueles não positivados e, direitos fundamentais, como aqueles positivados, seja em documentos internacionais, seja internamente.

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais [...]¹⁶⁸

¹⁶⁶“Art. 5º. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (Redação do § 3º acrescentada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004).

¹⁶⁷SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 86.

¹⁶⁸COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56.

No mesmo sentido:

[...] los DF serían aquellos DH que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales han reconocido como indispensables y que necesariamente deben estar expresados en los documentos básicos y superiores, sin que ello implique agotar la lista de los que componen el conjunto de derechos esenciales a la persona humana [...] ¹⁶⁹

Adotamos, aqui, a expressão “direitos fundamentais”, no sentido de direitos humanos constitucionalmente reconhecidos, fazendo incluir os direitos humanos constantes dos documentos internacionais.

2.2. Classificação ¹⁷⁰

Convencionou-se divisar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, a partir de uma perspectiva histórica, conforme seu reconhecimento ou sua positivação, nos documentos internacionais e nas Constituições. “Existem várias classificações dos Direitos Humanos. Uma dessas classificações é feita sob o ponto de vista histórico de seu surgimento, considerando três gerações de direitos [...]” ¹⁷¹

Atualmente, critica-se a classificação destes direitos em gerações, preferindo-se a expressão dimensões, ou, simplesmente, o abandono desta divisão, uma vez que não se trata de uma evolução no sentido de substituição de uma fase por outra.

Há, na verdade, uma complementaridade e uma maior complexidade dos direitos fundamentais, conforme a evolução do pensamento. “As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável [...]” ¹⁷²

¹⁶⁹ MANCINI, Jorge Rodríguez. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

¹⁷⁰ Baseamo-nos, para este tópico, na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 36-62.

¹⁷¹ ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 53.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 53.

Cumpre-nos expor, inicialmente, a classificação tradicional, em gerações ou dimensões, dos direitos fundamentais. Apesar das críticas a esta classificação, não há discordância quanto ao conteúdo historicamente reconhecido e relacionado a cada fase.

A primeira dimensão relaciona-se com o período liberal, momento em que se deu a proteção do indivíduo frente ao Estado, com ênfase aos direitos de liberdade, de igualdade formal e de propriedade, ligados aos ideais proclamados pela Revolução Francesa, sendo denominados direitos de defesa. Nesta fase, exigia-se uma abstenção do Estado.¹⁷³

[...] *de 1ª Geração*, os direitos civis e políticos, direitos clássicos, negativos pois exigem uma abstenção de parte do Estado (O Estado *não* pode prender, *não* pode processar, *não* pode tributar, etc.), os quais foram universalizados pela Revolução Francesa do fim do século XVIII, e explicitados, atualmente, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966 e em vigor internacional a partir de 23 de março de 1976.¹⁷⁴

A segunda dimensão corresponde ao período de constitucionalismo social, quando às Constituições fizeram-se incorporar os direitos econômicos, sociais e culturais.

[...] *de 2ª Geração*, os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos a partir de meados do século XIX, com a revolução industrial e o surgimento de grandes massas de operários e outros trabalhadores trabalhando sob o mesmo teto fabril ou comercial, em constante convivência; e consubstanciados hoje no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela XXI Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966 e em vigor internacional a partir de 3 de janeiro de 1976.¹⁷⁵

A postura a ser exigida do Estado é a de realização destes direitos, não mais de abstenção, visando à liberdade e à igualdade materiais, não mais formais. Daí dizer-se da exigibilidade de prestações positivas do Estado.

¹⁷³Sobre a estreita ligação entre os ideais da Revolução Francesa com o liberalismo, pudemos expor no primeiro capítulo. Considerando estes ideais do ponto de vista material, não meramente formal, a igualdade seria da segunda dimensão e a fraternidade da terceira dimensão. “Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões [...] gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade”. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 55.

¹⁷⁴ALMEIDA, Fernando Barcellos. op. cit., p. 53.

¹⁷⁵Id. Ibid., p. 54.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.¹⁷⁶

A terceira dimensão abarca os direitos de fraternidade ou de solidariedade. Enquanto a diferença entre os direitos de primeira com os de segunda dimensão refere-se ao papel do Estado, a diferença das duas primeiras dimensões com a terceira passa a ser a titularidade dos direitos.

[...] *de 3ª Geração*, os direitos de solidariedade internacional, nos quais os beneficiários são, não só os indivíduos, mas também os povos; surgidos durante e após a Segunda Guerra Mundial; e consubstanciados na Carta das Nações Unidas, de 1945 e em muitas convenções internacionais, os quais abrangem os novos direitos [...]¹⁷⁷

Sarlet refere-se, ainda, a propostas de direitos de quarta dimensão, “composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo”, ou, “[...] contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc.”, ou ainda, “relacionados à biotecnologia”; e, de quinta geração, como o direito à paz.¹⁷⁸

[...] cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade [...] esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes “novos” direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.¹⁷⁹

Percebe-se que, apesar da vantagem oferecida pela divisão por dimensões sob uma perspectiva histórica, há o grave risco de atrelarem-se os direitos às características de cada fase.

¹⁷⁶SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 47.

¹⁷⁷ALMEIDA, Fernando Barcellos. op. cit., p. 54.

¹⁷⁸SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 50-52.

¹⁷⁹Id. Ibid., p. 53.

Desse ponto de vista, poderíamos incorrer no erro de continuarmos a divisar o papel do Estado, exigindo-se quanto aos direitos civis e políticos uma mera abstenção e, quanto aos direitos sociais, uma prestação positiva e programática.

Considerando o momento histórico de positivação destes direitos fundamentais, seguindo a crítica de Virgílio Afonso da Silva, a única diferença entre eles é a de que o Estado encontra-se melhor aparelhado para atender aos direitos civis e políticos, o que não significa que não houve a necessidade de prestações positivas, mas apenas que elas já foram realizadas.

A crítica pretende afastar a ideia de que os direitos civis e políticos teriam eficácia plena por não dependerem de regulamentação, em contraposição com os direitos sociais, ditos de eficácia limitada.

Em ambos os casos, no entanto, a atuação estatal é necessária e imprescindível. Não existe, nesse sentido, nem mesmo a partir de uma perspectiva dita “estritamente jurídica”, norma de eficácia plena. A única diferença é que em um caso as *condições fáticas* para sua produção de efeitos já existem.

[...] as condições fáticas *não são algo externo ao direito* e devem, por isso, ser consideradas também na análise constitucional que alguns autores denominam de *estritamente jurídica*.¹⁸⁰

Dito de outra forma, isto significa que devemos considerar as condições fáticas no contexto da norma. A separação daquelas condições, do contexto da norma, equivale à distinção entre eficácia jurídica e eficácia social, ou efetividade.

Aspecto que igualmente merece destaque diz com as efetivas dificuldades de proteção e implementação que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e da terceira dimensões, apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais [...] O problema da efetividade é, portanto, algo comum a todos os direitos de todas as dimensões [...]¹⁸¹

¹⁸⁰SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 234.

¹⁸¹SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 54-55.

2.2.1. Perspectiva objetiva e subjetiva

As normas de direito fundamental, em sua perspectiva subjetiva, consagram, ou garantem, direitos subjetivos individuais.

Estas normas fundamentais, em sua perspectiva objetiva, impõem obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos ou vinculam objetivamente o Estado.¹⁸²

As duas perspectivas devem ser consideradas, não se tratando de perspectivas opostas, mas complementares. Quer-se dizer que há um direito subjetivamente assegurado, de perspectiva individual, do indivíduo ou ente coletivo em relação ao Estado e aos particulares, ao mesmo tempo em que há outro direito objetivamente assegurado, de perspectiva transindividual, da sociedade em relação ao Estado.

Em sua perspectiva objetiva, podemos dizer de dois aspectos. O aspecto axiológico da perspectiva objetiva é a “[...] expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos [...]” O aspecto funcional da perspectiva objetiva é o “[...] reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva [...]”¹⁸³

Como decorrência do aspecto axiológico mencionado, fala-se em uma “[...] função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade [...]” constituindo-se “[...] uma responsabilidade comunitária dos indivíduos”, a legitimar “[...] restrições aos direitos subjetivos individuais [...]”¹⁸⁴

Outra decorrência é a denominada “[...] eficácia dirigente [...] uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”.¹⁸⁵

Ainda, “[...] servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais”, não se tratando, neste caso,

¹⁸²Adverte-nos, Sarlet, sobre “a inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios e perspectiva objetiva, de tal sorte que se pode falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos”. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 144.

¹⁸³Id. Ibid., p. 144-145.

¹⁸⁴Id. Ibid., p. 145-146.

¹⁸⁵Id. Ibid., p. 146.

de uma peculiaridade das normas de direitos fundamentais, compartilhando desta função com todas as normas constitucionais.¹⁸⁶

Como desdobramentos de seu aspecto funcional, fala-se da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, “[...] modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição”, bem como de sua eficácia horizontal, na esfera privada, sendo os direitos fundamentais oponíveis nas relações entre particulares.¹⁸⁷

Outro desdobramento seriam as garantias institucionais, “[...] no sentido de que existem determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) que, por sua importância, devem ser protegidas contra a ação erosiva do legislador”.¹⁸⁸

Cuida-se, também, dos deveres de proteção do Estado, de forma ampla, ou seja, em relação aos poderes públicos, aos particulares e, a outros Estados. A referida função tem por implicações, de um lado, a própria obrigação imposta ao Estado em adotar medidas de proteção e, de outro lado, o reconhecimento de que esta obrigação gera direitos subjetivos.

Por fim, fala-se da função relacionada à constituição de “[...] parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento”, função atrelada à anterior, de deveres de proteção do Estado.¹⁸⁹

Conforme doutrina de Sarlet, na qual nos baseamos, a importância da perspectiva objetiva está na possibilidade de se conferirem novas funções e se incorporem novos conteúdos aos direitos fundamentais.

Em especial, a referida perspectiva propõe a existência de um direito amplamente protegido, não somente em sua perspectiva subjetiva, afastando a ideia, também, da existência de direitos exclusivamente de defesa.

A perspectiva objetiva demonstra, ainda, por seu aspecto axiológico, que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, em sentido abstrato, é amplo, a exigir um conceito igualmente amplo de eficácia, não apenas no sentido dito jurídico, mas de efetividade, de realização de valores, a partir de uma aproximação com a realidade.

¹⁸⁶SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 147.

¹⁸⁷Id. Ibid., p. 147-148.

¹⁸⁸Id. Ibid., p. 148.

¹⁸⁹Id. Ibid., p. 150.

Este processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais [...] provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos [...] ¹⁹⁰

A perspectiva subjetiva consiste na abordagem dos direitos subjetivos, como prerrogativa conferida ao titular do direito de exigir o cumprimento da norma.

Assim, “[...] ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”. ¹⁹¹

Sarlet, estabelecendo uma relação entre as perspectivas objetiva e subjetiva, refere-se à “existência de uma presunção em favor da prevalência da perspectiva subjetiva”.

Conforme expõe, adotando os argumentos sustentados por Robert Alexy, a referida presunção decorre da “finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) [...] de proteção do indivíduo e, não da coletividade”, consistindo, a perspectiva objetiva, “numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos”. Diz, ainda, do “caráter principiológico dos direitos fundamentais”, como mandamentos de otimização, cuja realização exige o reconhecimento do direito subjetivo. ¹⁹²

Várias questões podem ser suscitadas. A começar pela diversidade quanto à titularidade do direito, coexistindo as dimensões individual, coletiva e difusa.

Ainda no capítulo dos direitos sociais, há que registrar a existência de direitos com titulares diversos, de vez que os direitos e garantias dos arts. 7º a 11 são outorgados apenas aos trabalhadores, ao passo que os direitos sociais do art. 6º são, em princípio, direitos de todos. ¹⁹³

Ressalte-se que, mesmo em se tratando de titularidade conferida a um ente coletivo ou a todos, a titularidade individual não está excluída, visto que os direitos humanos fundamentais, incluindo-se os direitos sociais, “[...] são sempre direitos referidos, em

¹⁹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 151.

¹⁹¹Id. Ibid., p. 152.

¹⁹²Id. Ibid., p. 154.

¹⁹³Id. Ibid., p. 160.

primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é a pessoa [...] o seu titular por excelência”.¹⁹⁴

Aliás, mesmo a liberdade de associação sindical (apenas uma particular manifestação da liberdade de associação em sentido amplo) e o direito de greve (igualmente uma manifestação da liberdade de reunião, manifestação e expressão), não são tidos como direitos exclusivamente coletivos, mas sim, direitos individuais de expressão coletiva (no sentido de uma interação entre a dimensão individual e a do grupo no qual se integra o indivíduo), [...] ¹⁹⁵

A ênfase dada pela doutrina, aqui adotada, na dimensão individual, tem por propósito afastar a relação que se costuma estabelecer entre os direitos sociais e uma necessária titularidade coletiva. Em outras palavras, a diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais não se estabelece com base na titularidade destes direitos.

O direito ao trabalho, como direito social ancorado no art. 6º, da CF, fornece um bom exemplo para demonstrar a conexão (mas não equivalência) entre uma dimensão individual e coletiva, visto que se refere tanto à garantia de condições de acesso a um trabalho digno para cada pessoa individualmente considerada e na sua proteção no âmbito das relações de trabalho (papel desempenhado pelos direitos dos trabalhadores dos artigos 7º e seguintes da CF), mas apresenta uma face coletiva (transindividual) inequívoca, como fundamento da obrigação estatal de promover políticas que resultem na criação de vagas no mercado de trabalho. ¹⁹⁶

Ainda, cumpre mencionar que, considerando a ampla proteção que se deve conferir aos direitos fundamentais, não há que se distinguir entre a titularidade e a possibilidade de exercício destes direitos. “Com efeito, no plano do direito constitucional, registra-se a tendência de superação da distinção entre capacidade de gozo e a capacidade de exercício de direitos, a primeira identificada com a titularidade [...]” ¹⁹⁷

Quanto ao destinatário, a prerrogativa conferida ao titular do direito pode ser imposta com relação ao Estado ou aos particulares, não se constituindo, os direitos fundamentais, em direitos oponíveis exclusivamente aos poderes públicos. “Aliás, deveria

¹⁹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 216.

¹⁹⁵Id. Ibid., p. 215.

¹⁹⁶Id. Ibid., p. 218.

¹⁹⁷Id. Ibid., p. 208.

bastar aqui [...] a existência de normas de direitos fundamentais que têm por destinatário entidades privadas, como dão conta, entre nós, os direitos dos trabalhadores”.¹⁹⁸

Outro aspecto diz respeito ao seu objeto que, considerado de forma ampla, resulta na denominada multifuncionalidade dos direitos fundamentais, reunidos nos chamados direitos de defesa e direitos a prestações.

[...] estamo-nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.¹⁹⁹

Neste ponto, há que se afastar a separação dos direitos fundamentais por dimensões, bem como a necessária e exclusiva relação dos direitos civis e políticos com a liberdade e dos direitos sociais com a igualdade.

Conforme pudemos expor, a partir do constitucionalismo social, com a mudança do Estado liberal para o Estado social, a liberdade e a igualdade passam a ser exigidas em seu conceito material, não apenas formal. A realização da liberdade, num Estado social, pressupõe a igualdade.

[...] a denominação direitos sociais encontra sua razão de ser “na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas” e sociais em geral [...] ²⁰⁰

Além disso, novas exigências são impostas aos direitos humanos fundamentais, em sua terceira dimensão, agregando-se a solidariedade e, assim, renovando os conceitos de liberdade e de igualdade, cujas realizações tornam-se ainda mais prementes. “Art. 3º

¹⁹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 152. Neste trecho, o autor tece críticas à expressão “direito público subjetivo”.

¹⁹⁹Id. Ibid., p. 154.

²⁰⁰Id. Ibid., p. 173. O trecho consta em nota de rodapé.

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”

2.3. Direitos sociais

A constitucionalização dos direitos sociais denota o compromisso assumido pelo Estado na realização da justiça social, com a consequente superação do Estado liberal. “[...] o surgimento do Direito Social está ligado à própria transformação do Estado Liberal em Estado Social, o qual acabou sendo o protagonista do desenvolvimento da atuação que se convencionou chamar de política do bem-estar social.”²⁰¹

A partir de 1988, com a inclusão destes direitos entre os direitos fundamentais, dá-se a superação da antiga hermenêutica, impondo-se o compromisso com a efetividade destes direitos.

Fato é que, tomando-se por base o ordenamento jurídico sob a vigência do Direito Social, não se pode conceber que se atribua eficácia plena aos direitos de natureza tipicamente individualista (liberal) sem que os direitos sociais estejam amplamente assegurados.²⁰²

Estes direitos sociais, em especial o trabalho, comportam direitos de defesa (liberdades sociais), de preservação da liberdade e da igualdade contra ingerências do Estado que possam reduzir seu grau de proteção, como também direitos a prestações, seja na realização de políticas públicas, seja na esfera individual; “[...] no âmbito dos direitos sociais (arts. 6º a 11 da CF), se encontram tanto direitos a prestações, quanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa”.²⁰³

²⁰¹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). op. cit., p. 15. Trecho extraído do capítulo “O que é direito social?”, por Jorge Luiz Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia.

²⁰²Id. Ibid., p. 33. “Uma efetiva luta pela justiça social, utilizando-se o direito do trabalho como instrumento, culmina com a constitucionalização das normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais, possibilitando a interpretação das normas infraconstitucionais com base nesses postulados”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit., p. 259. “Não se deve perder de vista, no entanto, que a luta por uma sociedade mais justa é uma luta que se trava dentro do direito, com a utilização das armas que este fornece, e não fora dele”. Id. Ibid., p. 249.

²⁰³SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 160.

[...] boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7º a 11 de nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. É o caso, por exemplo, da limitação da jornada de trabalho [...]²⁰⁴

Os direitos de defesa constituem “direito a toda e qualquer atitude de abstenção do Estado”, enquanto os direitos a prestações “englobam toda e qualquer posição jurídica dirigida a um comportamento ativo (ação) por parte do Estado”.

Os chamados direitos a prestações são subdivididos em “direitos a prestações jurídicas (ou normativas)”, relacionados aos direitos de proteção da perspectiva objetiva, compreendendo os “direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado” (contra ingerências de terceiros) e, “os direitos à participação na organização e no procedimento”; e, “direitos a prestações fáticas (ou materiais)”, sendo estes relacionados aos direitos sociais, “vinculados prioritariamente às funções do Estado social”.²⁰⁵

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.²⁰⁶

O contexto de realização dos direitos sociais é o do comprometimento com a realidade social, observados os fundamentos do Estado Democrático de Direito e tendentes à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º). A ordem econômica, conforme disposição do art. 170, também está condicionada a esta realização.

²⁰⁴SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 174. O autor exemplifica com os incisos XIII, XIV, XXVI, XXIX, XXX a XXXIII, XXXIV do art. 7º, com a liberdade de associação sindical do art. 8º e, com o direito de greve do art. 9º.

²⁰⁵Id. Ibid., Os conceitos de direitos de defesa e direitos a prestação, bem como, a distinção, entre direitos a prestações em sentido amplo (de natureza jurídica) e restrito (de natureza material/ fática), é baseada na doutrina de Robert Alexy, conforme observação em nota de rodapé, respectivamente, p. 189 e 185.

²⁰⁶Id. Ibid., p. 199.

[...] no Estado democrático de direito, que tem a sua concretização máxima na constitucionalização dos ideais de democracia, os direitos sociais devem ser vistos como alicerce, já que, sem o mínimo de garantia social, é impossível a concepção de uma sociedade justa e que caminhe na busca da erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais existentes (objetivos insculpidos, no caso do nosso ordenamento jurídico, no art. 3º, incisos I e III da Constituição Federal).²⁰⁷

Importa notar que a Constituição brasileira não faz distinção entre os direitos e garantias fundamentais quanto ao regime jurídico a ser observado, impondo a todas estas normas sua aplicabilidade imediata, incluídas as decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (parágrafos primeiro e segundo do art. 5º).

De qualquer modo, não se pode descuidar da concepção de Estado Social, o que implica dizer que a liberdade e a igualdade somente serão realizadas, em sentido material, se considerado o compromisso assumido pelo Estado com a realização da justiça social.

Os direitos sociais, ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social.²⁰⁸

Percebe-se que, já com o surgimento dos direitos sociais como direitos humanos de segunda dimensão ou geração, os conceitos de liberdade e de igualdade foram reformulados, de uma concepção individualista para uma concepção social, reforçada com o conceito de solidariedade, com maior ênfase à dignidade da pessoa humana.

²⁰⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 13-14. “Uma das principais finalidades das normas laborais é a de assegurar o direito à dignidade das partes envolvidas nessa relação: empregado e empregador [...] Do teor da norma inserida no art. 170 da Constituição Federal brasileira extrai-se a preocupação com o conteúdo ético do trabalho”. OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 87.

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 217-218.

O Direito Social não é uma simples complementação da ordem anteriormente existente, é a sua reconstrução. O Direito Social não se trata, assim, de uma dimensão específica do direito, é, isto sim, a única dimensão vigente. Neste contexto, há uma prioridade no ordenamento jurídico, que é a satisfação dos valores fundamentais do Direito Social: impor a solidariedade (necessário retorno de natureza social à ordem econômica, pelo pressuposto da responsabilidade social como obrigação jurídica); fazer valer a justiça social e preservar a dignidade humana.²⁰⁹

3. Eficácia e efetividade

3.1. Eficácia – Doutrina tradicional

Segundo José Afonso da Silva²¹⁰, “[...] foram a jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americanas que conceberam e elaboraram a classificação das normas constitucionais, do ponto de vista de sua aplicabilidade em [...] disposições autoaplicáveis [...] e disposições não autoaplicáveis [...]” sendo que “Ruy Barbosa, fundado nos autores e na jurisprudência norte-americanos, difundiu a doutrina entre nós [...]”²¹¹

Ainda assim, Ruy Barbosa já exemplificava como autoaplicáveis por natureza os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem, além de reconhecer que: “Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.²¹²

Seguiu-se, segundo o autor, a classificação da jurisprudência e doutrina italianas, em normas diretivas ou programáticas; normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata; e normas preceptivas, obrigatórias, não de aplicabilidade imediata.²¹³

²⁰⁹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). op. cit., p. 29. “O que é direito social?”; por Jorge Luiz Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia.

²¹⁰“Um dos primeiros juristas no Brasil a formular uma classificação própria e autônoma das normas constitucionais foi o Professor José Afonso da Silva, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em sua brilhante monografia intitulada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, estuda ele exaustivamente o tema...”. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 243. “[...] poucas são as teorias que, a despeito da existência de algumas críticas pontuais, são tão aceitas, por tão longo tempo, quanto aquela desenvolvida por José Afonso da Silva em fins da década de 1960”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 208-209.

²¹¹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 73-74. Em Paulo Bonavides: “Da teoria clássica, nomeadamente dos autores americanos, resultou simplesmente uma dicotomia precursora [...]” BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 241.

²¹²RUY BARBOSA, *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 75.

²¹³Id. Ibid., p. 80. Não traremos as variações e a evolução da doutrina italiana, citando apenas aquela que afinal prevaleceu.

Neste sentido, Bonavides: “Os constitucionalistas italianos, escorados na jurisprudência e na doutrina, costumam repartir as normas constitucionais em duas categorias básicas: normas programáticas ou diretivas e normas preceptivas”.²¹⁴

Partindo da premissa de que todas as normas constitucionais possuem eficácia, propõe José Afonso da Silva a classificação em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.²¹⁵

Desta classificação, deflui sua aplicabilidade, respectivamente, em aplicabilidade direta, imediata e integral; aplicabilidade direta, imediata, mas não integral; e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Dentre as normas constitucionais de eficácia limitada, distingue as declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as declaratórias de princípio programático.²¹⁶

Sobre as normas constitucionais de eficácia plena, afastando o critério de distinção baseado no destinatário da norma²¹⁷, reafirma a definição da doutrina norte-americana, como diz, sobre as normas constitucionais autoaplicáveis, ou seja, são normas completas. “Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta”.²¹⁸

Diferenciam-se, segundo o autor, das normas de eficácia contida, dada a possibilidade nestas de contenção desta eficácia, seja pela própria norma constitucional, seja pela edição de lei infraconstitucional.

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, embora dotadas de eficácia, dependem de lei integrativa para sua eficácia plena, sendo igualmente aplicáveis, apenas não de forma completa.

²¹⁴BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 238. A referência à doutrina italiana é justificada pelo autor em outra passagem: “Mas não se pode deixar de reconhecer que procedem da Itália, nestes últimos trinta anos, os estudos mais completos e profundos tocante à determinação da natureza e eficácia das normas constitucionais”, p. 238.

²¹⁵Sobre a necessária eficácia da norma constitucional, também Bonavides. Entende “[...] não haver norma privada de eficácia”, complementando ainda que “[...] sendo jurídicas são também preceptivas [...]” fazendo expressar referência à Constituição rígida. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 238.

²¹⁶SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 81-87.

²¹⁷Entendemos desnecessário o detalhamento dos critérios de distinção para o que pretendemos desenvolver, especialmente porque superados. Segundo Bonavides, os critérios mais criticados desenvolvidos pelos juristas italianos foram o do destinatário e o do objeto da norma “[...] que aliás ostentam uma identidade substancial [...]” O critério adotado por José Afonso da Silva, considerando os citados por Bonavides, diz respeito à natureza da norma. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 239.

²¹⁸SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 99.

Conforme expõe: “As constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de *compromisso* entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo”, passando de democracia política para democracia social, apresentando um conjunto de princípios que forma o conteúdo social das constituições, de onde advém, afirma, “[...] o conceito de constituição-dirigente, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado [...]”²¹⁹

A classificação proposta advém da obra de José Afonso da Silva, que teve sua primeira edição na vigência da Constituição de 1967, referindo-se, esta doutrina, ao movimento de constitucionalismo social iniciado em 1934, quando teve início a mudança do Estado liberal para o Estado social.

Ainda, faz menção à doutrina de Canotilho que, como pudemos expor, foi alterada, em particular, passando a admitir o princípio como norma.

A Constituição de 1988 não constitui uma mera evolução na mudança de Estado Liberal para Estado social; trata-se de uma ruptura, seja em relação ao papel do Estado, não mais como garantidor de direitos mínimos programáticos, seja em relação à concepção do direito, com o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição brasileira, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto afasta qualquer possibilidade de interpretação no sentido de um compromisso ou de um programa assumido pelo Estado.

Considerando que os direitos sociais são classificados pelo autor como de eficácia limitada, de princípio programático, vemos nisto uma incompatibilidade entre o texto constitucional e a referida classificação. “Fica claro, portanto, que o conceito de *eficácia plena* não é baseado no art. 5º, § 1º, da Constituição, nem este garante a realização daquela”.²²⁰

Na teoria dos direitos fundamentais fundada nos princípios, proposta no capítulo anterior, as disposições constitucionais contêm normas que podem ser regras ou princípios. Na doutrina ora exposta, há uma distinção entre normas e princípios, tornando a classificação inconciliável com aquela doutrina.

²¹⁹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 135-136. Sobre esta concepção de constituição dirigente, refere-se o autor a J. J. Gomes Canotilho, em *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, de 1983, ressaltando, “embora se notem, em obras mais recentes, certas mudanças de concepção do autor”. A observação consta da nota de rodapé n. 29.

²²⁰SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 213.

Isto porque, na classificação proposta, os direitos sociais são programáticos com eficácia diferida. Os princípios, segundo o autor, são programáticos com eficácia plena. Portanto, o ingresso dos princípios na categoria de normas inviabilizaria a classificação.

Por fim, na classificação de José Afonso da Silva, as normas de eficácia plena não podem ser restringidas pela legislação infraconstitucional; no máximo, poderiam ser regulamentadas. As normas de eficácia contida podem ser restringidas e, as normas de eficácia limitada precisam ser regulamentadas.

Na doutrina de princípios apresentada, todas as normas podem ser restringidas ou regulamentadas. Na verdade, a regulamentação é uma das formas de restrição, inexistindo diferença entre estes conceitos.

[...] a partir do pressuposto teórico da teoria dos princípios e do conteúdo essencial relativo, do suporte fático amplo e da teoria externa, os direitos fundamentais não podem ser considerados irrestringíveis.²²¹

Se toda norma depende de intervenção e de regulamentação para produzir efeitos, distingui-las em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada deixa de fazer sentido.²²²

Voltaremos à teoria dos princípios, para um melhor detalhamento e esclarecimento destas últimas divergências quanto à restrição e à regulamentação.²²³

3.2. Teoria dos princípios

Conforme dissemos, os princípios constitucionais não são absolutos e não dispõem de um conteúdo previamente definido, eles contêm mandamentos de otimização, ou possibilidades.

Na doutrina de Alexy, trata-se dos conceitos de suporte fático abstrato e concreto.

²²¹SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 227.

²²²Id. Ibid., p. 240.

²²³As divergências que passaremos a expor foram apontadas por Virgílio Afonso da Silva, em uma análise detalhada da classificação de José Afonso da Silva. Os conceitos para o desenvolvimento do tópico “teoria dos princípios” também foram extraídos da mesma obra: *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit.

Suporte fático abstrato é o formado, em linhas gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. *Suporte fático concreto*, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou.²²⁴

O referido suporte fático é amplo, não tem o âmbito de proteção previamente definido. Em abstrato, o conceito é aberto, independe das variáveis do caso concreto. A proteção definitiva dar-se-á conforme estas variáveis.

[...] toda ação, estado, ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*.

O conceito, sem dúvida, é diferente da forma comumente utilizada. Normalmente, na análise em abstrato da disposição legal, já se delimita o âmbito de proteção, excluindo, em abstrato, determinadas condutas ou situações.

Segue-se, neste caso, a doutrina do suporte fático restrito, restringindo-se a proteção por um limite interno, independente do caso concreto, o que se pode admitir no conceito de regra, mas não no do princípio.

O âmbito de proteção definitivo irá ocorrer no caso concreto, após a colisão com outras regras ou princípios, exigindo-se o sopesamento dos princípios envolvidos, ou com a restrição do princípio pela regra. Interessante notar que a ideia de colisão é normalmente aceita, no entanto, ela somente ocorre nesse modelo aberto.

O resultado do sopesamento, no caso de colisão entre princípios, será a restrição de um dos princípios, naquelas condições, por ato do juiz. Isso ocorre quando não há uma restrição feita pela regra para o caso concreto.

Pode ocorrer, ainda, a restrição de um princípio por uma regra (não se trata de colisão, neste caso). Nesse caso, não sendo a regra inconstitucional, esta deverá ser aplicada.

²²⁴SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 67-68.

Havendo a inconstitucionalidade da regra, dá-se a colisão entre o princípio e a regra, que será solucionada com o sopesamento de princípios, resultando numa regra para casos futuros. Este é o ponto da doutrina que nos interessa mais de perto.

Utilizaremos o exemplo dado pela doutrina que nos serviu de base para os conceitos desenvolvidos neste tópico. Refere-se, o autor, ao caso de portadores do vírus HIV, quando a legislação não estendia a proteção aos dependentes, somente autorizando o saque dos valores do FGTS ao titular. Neste caso, fez-se prevalecer o direito à vida, decidindo-se pela proteção também dos dependentes do titular da conta.²²⁵

Percebe-se, por esta decisão, que não se pode falar em um sistema fechado, de concretização dos princípios pela regra. Se fosse assim, seríamos forçados a admitir que o direito à vida já estivesse previamente delimitado pela regra.

Valendo-nos do exemplo exposto, podemos dizer que, nas situações em que o empregador exige habitualmente o trabalho em prorrogação de jornada, por interesse da produção, a aplicação do artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho traduziria uma regra que viola um direito fundamental.²²⁶

Vimos, ainda, que não existindo restrição do princípio pela regra, o juiz deverá criar a regra, utilizando-se do sopesamento de princípios. Isto se daria nas hipóteses de omissão legislativa do artigo sétimo da Constituição brasileira, incisos I (proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária), XXI (proporcionalidade crescente do aviso prévio) e XXIII (atividade penosa).

O presente trabalho não se propõe a traduzir a gama de possibilidades conferidas pela teoria dos princípios, o que exigiria uma argumentação mais específica. Pretendeu-se, até aqui, reforçar a necessidade de uma nova hermenêutica.

Não é possível, por razões óbvias, que um modelo teórico tenha condições de alterar um problema complexo como o da realização de direitos sociais em um país com os problemas do Brasil. Mas é possível que esse modelo crie novas exigências que possam alterar a forma como a atividade jurisdicional encara o problema.²²⁷

²²⁵SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia, cit., p. 54-56.

²²⁶Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

²²⁷SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia, cit., p. 250.

A proposta inicial é a de afastar a classificação tradicional entre normas de eficácia plena, contida e limitada. Com base nos elementos desenvolvidos neste tópico, vimos que pode ocorrer a restrição de um princípio por outro princípio ou por uma regra, o que torna esta teoria incompatível com a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida.

A referida restrição decorre da afirmação de existência de um suporte fático amplo, não tendo os princípios um conteúdo previamente especificado, sendo o âmbito de proteção delimitado com a restrição da regra ou a restrição decorrente do sopesamento dos princípios.

Outro ponto a ser analisado é o da regulamentação. Todas as normas dependem de regulamentação, afirmação incompatível com a distinção entre normas de eficácia plena ou contida e normas de eficácia limitada.

A questão da regulamentação relaciona-se com a classificação dos direitos fundamentais em direitos de primeira e de segunda geração, exigindo os primeiros uma abstenção do Estado e os segundos uma prestação positiva do Estado. Nesta linha, os direitos que exigem uma prestação positiva seriam programáticos.

Na teoria dos direitos fundamentais fundada em princípios, a referida distinção entre direitos de primeira e de segunda geração está superada, bem como a perspectiva de mera abstenção do Estado.

[...] todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis.

[...] *se tudo é restringível*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível.

[...] *se tudo é regulamentável* e, mais que isso, *depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.²²⁸

²²⁸SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 246-247.

Neste sentido, a eficácia da norma está relacionada à sua efetividade, ponto que passaremos a expor. “A *falta de efetividade* das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata”.²²⁹

O que deve, então, vingar, a bem da efetiva implementação de todos os ditames constitucionais, é mesmo o entendimento de que seus princípios constitucionais fundamentais valem como lei – lei constitucional. Possuem “eficácia jurídica positiva ou simétrica”, pois criam, sim, direito subjetivo ao cidadão, possibilitando-lhe exigir judicialmente a produção daqueles efeitos. E para tanto, é que se reclama a hermenêutica concretizadora, que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana.²³⁰

3.3. Efetividade²³¹

A efetividade, também denominada de eficácia social, costuma ser separada da eficácia jurídica. Neste sentido, a doutrina de José Afonso da Silva, anteriormente exposta, que se propõe a uma análise exclusivamente da eficácia jurídica da norma, relacionando-a com o conceito de aplicabilidade da norma.²³²

Esta monografia se propõe a estudar a *aplicabilidade das normas constitucionais* [...] No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua *eficácia social* [...] ²³³

²²⁹SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*, cit., p. 272. Trecho extraído do capítulo “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, escrito por Luís Roberto Barroso e Ana Paulo de Barcellos.

²³⁰PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 396-397. “*Eficácia jurídica positiva ou simétrica* é o nome pelo qual se convencionou designar a eficácia associada à maioria das regras. Embora sua enunciação seja bastante familiar, a aplicação da eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável a regras, seja quando aplicável a princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal”. BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 379.

²³¹Efetividade é o tema objeto deste trabalho, não se pretendendo, neste item, condensar toda a doutrina até aqui exposta, mas apenas uma breve referência aos conceitos de eficácia e de efetividade.

²³²A crítica e a aproximação dos conceitos de eficácia e de efetividade são propostas por SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit.

²³³SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 13.

A hermenêutica constitucional que se propõe, pautada na teoria dos princípios, reúne os conceitos de eficácia jurídica e social, ampliando o âmbito de proteção da norma por seu suporte fático amplo e aproximando a norma da realidade.²³⁴

[...] a capacidade para produção de efeitos depende *sempre* de outras variáveis que não somente o dispositivo constitucional ou legal. Em outras palavras: mesmo a eficácia *estritamente jurídica* – nos termos de José Afonso da Silva – depende de outras variáveis que não apenas o texto constitucional.²³⁵

A consideração da eficácia social ou da efetividade da norma implica no compromisso com a realização do Direito. “Como já se disse, o Direito existe para realizar-se [...] deve-se impedir que muitas das regras previstas em nossa Lei Fundamental possam vir a se tornar letras mortas, sem nunca terem cumprido a finalidade [...]”²³⁶

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.²³⁷

²³⁴Reunindo os conceitos: “[...] a *eficácia* é a qualidade da norma vigente (sentido estrito) de ter a possibilidade de produzir, concretamente, seus efeitos jurídicos, não só em suas relações internormativas, como também relativamente à realidade social, aos valores positivos e ao seu elaborador e destinatários [...]” DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 37.

²³⁵SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 229-230.

²³⁶FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 132. Refere-se, a autora, à afirmação de Luís Roberto Barroso.

²³⁷BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 375-376.

CAPÍTULO IV. HERMENÊUTICA DAS NORMAS TRABALHISTAS: DIMENSÃO JURISPRUDENCIAL

1. Introdução

Reservou-se, para este capítulo, a análise de algumas decisões que, de alguma forma, possam refletir as teorias expostas anteriormente, no âmbito do Direito do Trabalho.

Inicialmente, tem-se uma decisão proferida pela Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, por sua referência expressa à força normativa dos princípios e à teoria desenvolvida por Robert Alexy. Ainda, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da igualdade.

Como forma de demonstrar a aplicabilidade do princípio protetor sob o enfoque constitucional, tem-se três decisões do Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno, de Montevideo, tendo como Ministra Redactora a Dra. Ma. Rosina Rossi Albert.²³⁸

2. Análise de decisões

2.1. Dispensa coletiva. Decisão nº 000333/2009-PADC (TRT – 15ª Região)²³⁹

Trata-se de decisão proferida em dissídio coletivo de natureza jurídica, instaurado pelos Sindicatos dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, e de Botucatu, e pela Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, contra a EMBRAER e a ELEB EMBRAER LTDA., sendo relator do voto o Desembargador José Antonio Pancotti.

Abordaremos, especificamente, a decisão de mérito quanto à abusividade da dispensa coletiva. Conforme consta da contextualização do dissídio, as suscitadas efetuaram a dispensa coletiva de 4.200 empregados, pleiteando as suscitantes a declaração de nulidade das dispensas, dado que efetivadas sem prévia negociação coletiva.

²³⁸ Nossos agradecimentos à Dra. Ma. Rosina Rossi Albert, ao Dr. Mario Garmendia Arigón e, ao Dr. Manoel Carlos Toledo Filho, pelo encaminhamento destas decisões. A íntegra das decisões consta nos anexos.

²³⁹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Processo nº 0030900-12.2009.5.15.0000 DC. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

A Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região decidiu “por unanimidade de votos declarar a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva, sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada”, conforme o voto do relator.

Como expõe em seu voto, o relator entende “necessário que se examine sucintamente a proteção do empregado em caso de ‘demissão coletiva’ no direito comparado, no Mercosul, no ordenamento jurídico nacional com as suas lacunas acerca do tema, as práticas empresariais em situações semelhantes [...], para finalmente propor uma solução cabível, balizada pelos elementos dos autos e pelas circunstâncias notórias que envolvem o caso”.

O voto pondera, inicialmente, sobre os fatos específicos da demanda, considerando a expressividade e o sucesso da suscitada no mercado mundial, incompatíveis com o procedimento adotado para a dispensa coletiva de seus empregados, a par da crise econômica internacional alegada pela suscitada.

A seguir, passa à análise da doutrina e do direito comparado. Refere-se, o voto, aos conceitos e diferenças entre a despedida individual e a coletiva, reportando-se, ainda, à Convenção 158 da OIT, às Diretivas da União Europeia e, à legislação da Espanha, de Portugal, do México e, da Argentina.²⁴⁰

Extraí-se, da doutrina e do direito comparado estudados, que a dispensa coletiva exige um procedimento prévio, para minimizar os efeitos sociais dela decorrentes, consistindo, estes efeitos, na principal diferença entre a dispensa individual e a coletiva.

De sorte que é possível concluir pelo exame da legislação comparada, especialmente da União Europeia e da Convenção nº. 158 da OIT, que as demissões coletivas não podem ser aceitas, a não ser quando obedecidos todos os rituais próprios e específicos, incluindo sempre negociações coletivas que busquem alternativas que suavizem seus efeitos, como é o caso das indenizações.

²⁴⁰ Convenção 158 da OIT – Sobre a rescisão da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Denunciado em 20/11/1996. Diretivas da União Europeia – 75/128/CEE, de 17.02.1975 e 92/56 CEE, de 24.06.92. Ley del Estatuto de los Trabajadores da Espanha – Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março. Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro, aprova a revisão do Código do Trabalho de Portugal. Ley Federal del Trabajo do México, de 1º.04.1970 (reformada em 17/01/2006). Lei Argentina nº 24.013, promulgada em 05/12/91.

Referindo-se à legislação brasileira, afasta a possibilidade de aplicação do artigo 7º, inciso I, da Constituição, adotando o entendimento de que, tal disposição normativa diz respeito à proteção contra a demissão individual sem justa causa, ainda assim, restringindo-se, a proteção, a uma indenização. “Os pressupostos do regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego na despedida individual são insuficientes para fazer frente à gravidade do fenômeno da dispensa coletiva”.

Tece algumas considerações sobre as alternativas legais existentes para a proteção do trabalhador na demissão coletiva, “como a suspensão dos contratos, com ou sem pagamento de salários, as férias coletivas; a redução de jornada e de salários”, bem como, alternativas baseadas no costume, como os planos de demissão voluntária, além daquelas que podem decorrer das normas coletivas.²⁴¹

Com exceção das férias coletivas e dos planos de demissão voluntária, são medidas que dependem de expressa disposição em convenção ou acordo coletivo, neste caso inexistente. Ressalta que a suspensão dos contratos “foi objeto de proposta conciliatória do Exmo. Sr. Desembargador Presidente, mas rejeitada pelas partes”.

Diante da reconhecida lacuna no ordenamento jurídico em relação à matéria, reportando-se aos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e, 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, decide-se pela aplicação dos princípios gerais de direito, especialmente do direito do trabalho e de direito comparado.²⁴²

Neste ponto, adota os princípios, expressamente, como norma. “Não se trata, porém, de aplicação dos princípios jurídicos em caráter secundário ou de forma hierarquicamente inferior dentro do ordenamento jurídico, mas com a eficácia de normatividade, equivalente à das normas escritas”.

Em tópico específico, reporta-se o voto à força normativa dos princípios, com a superação da dissociação entre normas, princípios e regras, baseando-se nas doutrinas de

²⁴¹ Artigos 476-A e 139 a 141 da Consolidação das Leis do Trabalho. Artigo 7º, incisos VI e XIII, da Constituição brasileira.

²⁴² “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. “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”. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*.

Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luís Roberto Barroso, Norberto Bobbio, Paulo Bonavides e Cinthia Maria Fonseca Espada.

Relacionando os princípios com a proteção dos valores, faz agregar, ao gênero norma, os princípios, as regras e a argumentação jurídica, conferindo aos princípios a mesma força normativa das regras, como proposta de uma nova hermenêutica constitucional.

A inclusão da argumentação jurídica no gênero norma significa dizer que o âmbito de proteção da norma é amplo, devendo-se considerar, para definição do âmbito de proteção, as condições fáticas do caso concreto, aproximando-se a norma da realidade social, conceito que se aproxima da efetividade.

Verifica-se da contextualização do dissídio que, as condições fáticas do caso concreto foram previamente consideradas, juntamente com a doutrina e as disposições normativas relacionadas.

Adverte que a função do princípio está além da simples integração do ordenamento jurídico, ou, que a aplicação dos princípios não está restrita às hipóteses de lacuna por ausência de regra, devendo sempre incidir no caso concreto. Antes da criação da regra há o princípio “que embasou sua criação”.

Revela-se, portanto, perigoso afirmar que, em razão do disposto nos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, os princípios ficam situados num plano secundário ou hierarquicamente inferior dentro do sistema jurídico, alegando ser lícita a sua aplicação somente nos casos de lacuna na lei.²⁴³

No pós-positivismo jurídico, com a força normativa dos princípios e, a aproximação destes aos valores, deu-se a inserção da moral e da justiça no Direito, tendo-se como propósito a realização dos direitos fundamentais. “A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia – ética, moral e direito – em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart”.

Nesta nova hermenêutica, não tem lugar o conceito de eficácia programática, cumprindo ao Judiciário conferir efetividade aos preceitos constitucionais. Partindo dessa

²⁴³“Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*.

premissa, conclui “que é possível ao Tribunal reconhecer que é mais amplo o espectro constitucional de proteção ao trabalhador em caso de dispensa coletiva”.

A proteção ao trabalhador é reconhecida, neste caso, com base nos princípios que definem os fundamentos do Estado Democrático de Direito, referindo-se o relator aos incisos III e IV, do art. 1º; aos incisos I, II, III e IV, do art. 3º; e, aos incisos I e II, do art. 4º; tendo por desdobramentos os artigos 170 a 192 e, os artigos 6º, 7º e 193 a 232, relacionados à Ordem Econômica e à Ordem Social; todos na forma de princípios gerais e fundamentais.

“Admite-se como princípios gerais de direito do trabalho os da proteção do empregado nas dispensas coletivas, bem como aqueles existentes no direito comparado [...]”, incluindo-se a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, que impõe aos países membros o compromisso com os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto de suas convenções.²⁴⁴

Na delimitação desta proteção ao trabalhador, considera, também, nas condições fáticas relativas ao caso, os efeitos da crise econômica mundial que afetaram as suscitadas, reconhecendo a irreversibilidade das dispensas, ponderando que “[...] o condenável foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada [...]”

Com base no ordenamento jurídico vigente e no direito comparado, decidiu-se pela declaração da abusividade do procedimento das suscitadas; “[...] vislumbro que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional caracteriza o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre iniciativa e à cidadania”, sendo reconhecida a falta de boa-fé objetiva no procedimento adotado pelas suscitadas.

No sopesamento dos princípios, adotando os argumentos contidos em um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, considerou-se que “a liberdade de iniciativa deve ser contingenciada por interesses do desenvolvimento nacional e de justiça social [...]”.

²⁴⁴Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento: “2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções (...)”.

Conforme constou da ementa: “Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores”.

Por tal fundamento, “sob pena de configurar abuso do poder econômico, não se pode reconhecer discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas”, impondo-se medidas de reparação.

Sendo declarada, ainda, a inexistência de garantia de emprego ou de estabilidade, foram reconhecidas medidas tendentes a minimizar os efeitos das dispensas efetivadas, com base no artigo 422 do Código Civil.²⁴⁵

O voto proferido pelo relator reúne temas de hermenêutica constitucional e de direitos fundamentais, conforme pudemos expor, permitindo-se, com sua análise, o cotejo entre a teoria e a prática.

Registre-se, a referência feita no voto quanto à proteção contra a despedida individual, no sentido de que se restringe ao valor de uma indenização. Tal fundamento relaciona-se com a regra do artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Considerando-se a amplitude que se deve conferir à proteção da relação de emprego, no contexto dos direitos humanos fundamentais, e a força normativa dos princípios, a restrição do princípio por tal regra, que se reporta apenas aos casos de despedida sem justa causa, despedida indireta, culpa recíproca e força maior, se estendida às hipóteses de despedida arbitrária, violaria um direito fundamental.

Do ponto de vista propositivo [...] passemos a dizer [...] que: a) o direito do empregador de fazer cessar por ato unilateral imotivado o contrato de trabalho não existe mais e que tal ato, que se caracteriza como uma dispensa arbitrária, enseja ou reintegração ou indenização específica, arbitrada conforme o caso concreto [...]

Esta postura, ademais, se justifica pelo próprio princípio do Direito do Trabalho da melhoria progressiva e constante das condições sociais e econômicas do trabalhador.²⁴⁶

²⁴⁵“Art. 422. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*.

²⁴⁶CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). op. cit., p. 39-40. Trecho extraído do capítulo “O que é direito social”, escrito por Jorge Luiz Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia.

A Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, julgando o recurso ordinário interposto pelas suscitadas, decidiu, por maioria, “dar provimento ao recurso para afastar a declaração de abusividade das dispensas”, vencidos, o Ministro Relator Mauricio Godinho Delgado e a Ministra Kátia Arruda, fixando-se, para os casos futuros, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa dos trabalhadores, mantendo-se, no entanto, em parte, as condenações impostas às suscitadas pelo Tribunal Regional do Trabalho.²⁴⁷

Os fundamentos acrescentados pelo voto do Ministro Relator não se relacionam diretamente com a matéria objeto deste trabalho. Situando a matéria em debate no campo do Direito Coletivo, propugna pela aplicação do artigo 8º, incisos III e VI, da Constituição, e, das Convenções da OIT ratificadas; a utilização do artigo 7º, inciso I, da Constituição, como parâmetro; e, os princípios constitucionais e o direito comparado como formas de integração do ordenamento jurídico.²⁴⁸

Ainda, ao se referir ao artigo 7º, inciso I, da Constituição brasileira, adota o Ministro Relator o entendimento de que o artigo contém norma de eficácia contida, complementando que não confere o direito à reintegração, pontos incompatíveis com a doutrina aqui adotada.

Insta consignar que, em seu voto, manteve a declaração de abusividade das dispensas e ampliou a condenação das suscitadas (dando provimento aos recursos ordinários das suscitantes, sendo voto vencido).

2.2. Princípio da igualdade – RE nº 161.243-6 DF²⁴⁹

Trata-se de recurso extraordinário interposto nos autos de reclamação trabalhista, com base no artigo 102, inciso III, alínea “a” (competência recursal do Supremo Tribunal Federal, por contrariedade de dispositivo constitucional), sendo relator o Ministro Carlos Velloso. A questão constitucional diz respeito à violação ao princípio da igualdade.

²⁴⁷TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.gov.br/>.

²⁴⁸Convenções da OIT ratificadas: 11 (sobre o direito de associação – agricultura), 87 (sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical), 98 (sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva), 135 (relativa aos representantes dos trabalhadores), 141 (sobre as organizações de trabalhadores rurais), 151 (relativas às relações de trabalho na função pública).

²⁴⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 161.243-6. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>.

A sentença, que julgou o pedido parcialmente procedente, limitou-se à condenação da reclamada no pagamento de diferença de verba trabalhista, sendo interpostos recursos ordinários pelas partes, tendo o acórdão, proferido pela 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, negado provimento aos recursos.

Quanto ao recurso do reclamante, entendeu o Tribunal Regional pela inaplicabilidade, ao recorrente, dos Estatutos do Pessoal da Empresa (AIR FRANCE), uma empresa francesa, “dado que o reclamante, ora recorrente, não é de nacionalidade francesa”.

Os recursos de revista interpostos pelas partes não foram admitidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, sendo, também, negado provimento ao agravo de instrumento interposto pelo reclamante, com base nas súmulas 221 (interpretação razoável de preceito de lei), 126 (reexame de fatos e provas) e 208 (interpretação de regulamento de empresa) do TST, por decisão do Ministro relator, e negado provimento ao agravo regimental, por decisão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, com base nas súmulas 126 e 208, vez que a discussão exigiria o exame de norma regulamentar da empresa e de aspectos probatórios.

Em recurso extraordinário, o reclamante alega ofensa ao princípio constitucional da isonomia (artigo 153, *caput*, e § 1º, da Constituição Federal de 1967, e, 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição de 1988). “O TRT, violando todo nosso sistema jurídico, privilegiou determinado empregado, em razão de sua nacionalidade (o francês, em detrimento do brasileiro), sem qualquer diversificação objetiva, quer seja de produtividade, quer de local de prestação de serviços ou qualquer outra”.

Conforme voto do relator: “A questão é, pois, puramente jurídica: seria possível, tendo em vista o princípio isonômico, que a um empregado da empresa francesa, em território brasileiro, não fosse aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, só pelo motivo de o empregado não ser francês?”

O parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido de conhecimento e provimento do recurso, conclui que houve discriminação proibida, fundada em atributo, qualidade ou nota intrínseca do sujeito, dado que fundada na nacionalidade, sendo acolhido, na sua conclusão, pelo Ministro relator.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, “examinando o mérito da questão constitucional, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para determinar a aplicação ao recorrente do estatuto da empresa [...]”.

Da análise desta decisão, depreende-se que houve uma restrição ao princípio da igualdade por uma regra, o regulamento de empresa, entendendo-se que a regra, neste caso, viola um direito fundamental.

2.3. Terceirização – Sentença Definitiva nº. 171/2008

Abordaremos, exclusivamente, a parte da decisão que analisa a legitimação passiva da Colonvade S.A. (item 6.1.), correspondente à figura da tomadora de serviços.

Trata-se de decisão proferida em recurso de apelação interposto pelo autor e pelos demandados (prestadora e tomadora de serviços), em que a sentença foi parcialmente confirmada e, no que diz respeito ao tema que será analisado, totalmente confirmada.

A sentença condenou os demandados como responsáveis diretos (“empregador complexo”) nas verbas trabalhistas devidas aos autores.

A Colonvade S.A. interpôs recurso de apelação, dentre outros motivos, em razão do reconhecimento de sua legitimidade passiva.

Alegam os demandados a existência, entre eles, de uma relação comercial, consubstanciada em contratos de arrendamento de serviços, invocando a falta de legitimidade passiva da Colonvade S.A.. Reportam-se a uma hipótese de terceirização realizada pela Colonvade S.A..

2.3.1. Legitimidade Passiva

Adverte o Tribunal que, ao tempo dos fatos, “não existia no ordenamento jurídico nacional lei alguma que se ocupara, direta e expressamente, de regular as figuras do empregador complexo e da terceirização” (o que aproxima a decisão da realidade brasileira).²⁵⁰

²⁵⁰Atualmente, vigoram as leis 18.099 e 18.251, atribuindo a responsabilidade solidária ao tomador de serviços.

Portanto, “a descentralização empresarial não constituía, no Uruguai, uma categoria jurídica, mas sim um fenômeno de caráter econômico, uma forma de organização das atividades da empresa [...], um processo mediante o qual uma empresa transfere a outra terceira independente, parte de sua atividade [...]”.

A figura do empregador complexo “foi construída com base nos princípios, protetor e da primazia da realidade, que conformam em boa parte a coluna vertebral do Direito do Trabalho”.

Pretender desconhecer a figura do empregador complexo [...] sob o expediente da inexistência de norma que o consagre, importa uma postura positivista a intransigente paradigma de tempos passados e o desconhecimento das bases constitucionais protetoras que deram origem e desenvolvimento à disciplina Direito do Trabalho e, ao trabalho criativo, com o mesmo desígnio, da doutrina e da jurisprudência.

Aponta como razões deste entendimento o papel desempenhado pelos princípios, como informador de todo o ordenamento jurídico, expressando os valores arraigados na consciência social, “cuja vigência o juiz pode constatar mediante mecanismos técnicos que evitam o puro subjetivismo ou a arbitrariedade da decisão”.

Ainda, o mandamento constitucional protetor do trabalho “não se dirige apenas ao legislador, mas também aos operadores jurídicos, entre eles, sem dúvida, o juiz na solução de conflitos através da aplicação das regras do ordenamento jurídico”.

2.3.2. Autonomia da vontade dos sujeitos envolvidos

Para fins de classificação do vínculo jurídico entre os demandados, há que se perquirir sobre a existência e a medida da liberdade dos sujeitos, na elaboração contratual deste vínculo, quando este envolve a prestação de trabalho humano dependente.

O conjunto de disposições constitucionais e infraconstitucionais de proteção do trabalho humano dependente denota o caráter de ordem pública das normas de Direito do Trabalho, que visa assegurar a realização do direito humano fundamental reconhecido. Tal proteção, assim reconhecida, exclui a autonomia da vontade das partes.

Os dois princípios, o de proteção do trabalho humano dependente e o da autonomia da vontade das partes (pautada na possibilidade de limitação da proteção, conferida pela própria Constituição e, no princípio da liberdade), isoladamente considerados, como princípios de hierarquia constitucional, possuem a mesma força. Adverte o Tribunal, que a técnica habitual da subsunção seria insuficiente.

O juiz deverá ponderar os valores de forma que se estabeleça o valor preponderante para aquele caso concreto, para que um princípio ceda diante do outro, naquela situação.

Há que se adotar uma técnica que assegure que o exercício da liberdade de contratar “não termine desmoronando a construção normativa protetora do trabalho humano”.

No caso concreto, trata-se de aferir a independência entre os sujeitos do contrato de arrendamento, e as razões e as vantagens desta descentralização da produção, que não as de redução de custos obtida pela precarização do trabalho humano.

A descentralização empresarial constitui um recurso lícito do empresário como exercício das liberdades constitucionalmente garantidas, mas tal liberdade não é absoluta. Em outras palavras, a descentralização empresarial não deve importar no desprezo dos direitos dos trabalhadores envolvidos. A ilicitude, portanto, relaciona-se com a causa da descentralização empresarial.

No caso dos autos, há que se analisar se os demandados se beneficiaram diretamente do trabalho prestado pelos autores, ou, considerando que de fato houve um contrato de arrendamento, se esta descentralização foi lícita, por não se tratar de uma forma de precarização do trabalho humano.

A mera qualificação da relação jurídica dada pelas partes não afasta a incidência das normas de proteção do trabalho, pautando-se a análise na realidade objetiva dos fatos (princípio da primazia da realidade).

A prova dos autos revela uma relação de dependência funcional entre as demandadas. O trabalho foi prestado junto à Colovade S.A. e está vinculado à atividade desta que, também, impôs as condições de realização do trabalho, tendo-a controlado diretamente.

Por outro lado, não há qualquer prova que justifique a descentralização ocorrida, ou, que justifique a não contratação direta dos trabalhadores pela Colovade S.A.. Assim, a razão de ser da descentralização, de fato, foi a precarização do trabalho humano.

Acrescente-se, neste caso, que restou caracterizada uma relação de dependência da prestadora de serviços e dos trabalhadores junto à Colonvade S.A..

Interessa-nos, mais de perto, a construção teórica da decisão, que permite a caracterização da relação de emprego com o tomador de serviços, não apenas em hipóteses como a dos autos, em que houve a prova de dependência funcional dos trabalhadores.

Na ponderação dos princípios, buscou-se o motivo da descentralização para se aferir a tentativa de precarização e, neste caso, a prevalência da proteção do trabalho faria ceder o princípio da autonomia da vontade das partes.

Nesta linha de raciocínio, tendo-se em conta que a descentralização produtiva somente seria lícita quando não tendente a reduzir a proteção do trabalhador, restam-nos dois caminhos.

Admitir-se, sempre, o vínculo de emprego também com a tomadora de serviços, dado que se beneficia do trabalho do empregado. Outro caminho, com os mesmos efeitos, seria o reconhecimento da responsabilidade solidária do tomador de serviços, independente do reconhecimento do vínculo empregatício com este.

Neste sentido, os benefícios empresariais decorrentes da terceirização, de transferir a realização de um determinado serviço a uma prestadora especializada, permaneceriam, sem que, com isso, sejam também transferidas as responsabilidades, do ponto de vista trabalhista, ou, reduzida a proteção conferida ao trabalhador.

Daí porque, incumbe aos manejadores do direito e do processo do trabalho atuar no sentido de neutralizar os efeitos danosos desta infelizmente tão difundida maneira de proceder, fazendo-o, sinteticamente, de modo *dúplice*: no campo *material*, reconhecendo como real empregador aquele que qualquer de suas atividades *permanentes* – pouco importando, neste diapasão, tratar-se de “atividade meio” ou de “atividade fim” – terceirize, cuja responsabilidade será assim precípua e ilimitada, deixando-se em segundo plano a empresa prestadora; como corolário, no campo *processual*, desconsiderando a necessidade de intimação ou presença da empresa prestadora no feito trabalhista, já que, ordinariamente, os direitos dos empregados porventura prejudicados estarão devidamente resguardados pelo patrimônio da empresa tomadora, conferindo-se a esta, em primeira linha, o ônus de responder judicialmente aos pleitos formulados, sem prejuízo de seu natural direito de regresso face à empresa intermediária.²⁵¹

²⁵¹ TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *O crime e a terceirização*, p. 3. Disponível em: <<http://www.amatra15.gov.br/produçãocientífica>>.

2.4. Limitação de jornada – Sentença Definitiva nº. 20/2008

Abordaremos, exclusivamente, a parte da decisão que analisa o regime de limitação da jornada diária e de descanso semanal (item 4.2.1.).

Trata-se de decisão relativa a um recurso de apelação interposto pela demandada (empregador), em que a sentença foi confirmada, e no que diz respeito ao tema específico abordado, por outros fundamentos.

O autor alega cumprimento de jornada de trabalho de dez horas diárias, de segunda-feira a sábado, pleiteando oito horas referentes ao dia de descanso não concedido e adicional de duas horas extras em dias comuns e em dias de descanso semanal.

Deduz-se, dos pedidos, a pretensão de reconhecimento do regime de descanso de trinta e seis horas consecutivas por semana. Alega a demandada que, o descanso semanal correspondente é o de vinte e quatro horas consecutivas.

O debate, portanto, refere-se ao regime de jornada e descanso semanal aplicável ao trabalhador e à valoração da prova do trabalho em dia de descanso semanal, e da prorrogação da jornada em dias comuns e de descanso semanal. Interessa-nos o debate quanto ao regime aplicável.

A demandada não impugnou a atividade exercida pelo autor, limitando-se a alegar que o descanso semanal é o de vinte e quatro horas, por não corresponder ao trabalho de oficina ou comercial, cujo regime de descanso semanal é de trinta e seis horas consecutivas.

A sentença fundamenta-se na atividade comercial da demandada e na aplicação do regime correspondente a um dos grupos relacionados a esta atividade (arrendamento de bens), com jornada de 44 horas semanais e 36 horas consecutivas de descanso semanal.

Entende o Tribunal que a sentença adota como fundamento o que deveria ser a conclusão, ou seja, que o caminho a ser seguido devia partir da análise da atividade principal da demandada para, então, deduzir-se o regime de limitação da jornada diária e semanal, assim como, a inclusão da empresa em um dos grupos relativos à referida atividade principal.

A Constituição, em seu artigo 54, garante os direitos de limitação da jornada e descanso semanal. A legislação infraconstitucional regulamenta estes direitos, criando

regimes diferenciados, conforme a atividade do trabalhador e a atividade principal do empregador, nos termos seguintes.²⁵²

Na indústria, jornada de 8 horas diárias e 48 horas semanais, com 24 horas consecutivas de descanso semanal. No comércio, jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, com 36 horas consecutivas de descanso semanal. No setor serviços não há regulamentação.²⁵³

Nos autos consta apenas a atividade do trabalhador, não havendo indicação, pela demandada ou pela prova documental por ela juntada, quanto à atividade principal do empregador. A sentença qualificou-a como comercial, enquanto a demandada limita-se a dizer que a atividade do autor não corresponde à de oficina ou comercial.

A demandada não indicou a atividade principal, impedindo a dedução do regime aplicável. Os fatos constantes dos autos não permitem a qualificação da demandada como comercial ou industrial.

Partindo-se da atividade do trabalhador, deduz-se que a atividade do empregador não se enquadra nem em comércio, nem em indústria, aproximando-se do conceito de serviços, no sentido de atividade econômica residual (não compra e vende mercadorias – comércio, nem as transforma – indústria).

A questão que se coloca é a de saber-se que regras aplicar a este setor de serviços, considerando-se que a Constituição confere proteção ampla quanto à limitação da jornada, não excluindo nenhum setor da economia.

Dada a ausência de regulamentação, incumbe-se a integração entre as normas previstas e a situação não prevista, havendo duas possibilidades. A primeira, afastada pelo

²⁵²“Artículo 54.- La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral”. “Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.” *Constitución de La República Oriental del Uruguay*. “El artículo 54 de la Constitución uruguaya ordena que la ley ha de reconocer la limitación de la jornada a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio sin indicar un número determinado de horas. El precepto no podrá dejar de aplicarse por falta de reglamentación, según lo dispone el principio general del artículo 332, teniéndose en cuenta las normas que regulan el derecho para la mayoría de los sectores. (...)”. PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. *Manual práctico de normas laborales*. 11. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006. p. 58.

²⁵³Hay un régimen general para la industria (ley nº 5.350), outro para el comercio (dec.-ley nº 14.320) y junto a ellos, regímenes especiales para ciertas actividades. Id. Ibid., p. 59.

Tribunal, seria estender o regime correspondente ao comércio, entre outros argumentos da doutrina, pela amplitude da expressão.

A solução adotada foi pela aplicação do princípio protetor, em sua projeção da norma mais favorável. A suposição fática do princípio, argumenta, coincide exatamente com a dos autos. Dessa forma, afasta o mecanismo de extensão de uma norma particular a situações gerais, ou, uma interpretação extensiva do conceito de atividade comercial.

A regra da norma mais favorável, “ademais de integrar o princípio protetor reconhecido na Constituição, integra a técnica hermenêutica vinculada à aplicação dos instrumentos que reconhecem direitos fundamentais, como os que estão em jogo no debate que se analisa”.

Decidiu-se, assim, pelo regime correspondente à atividade comercial, por ser o mais favorável.

“Por tratar-se de uma solução integrativa com aplicação de um princípio que constrói a disciplina, harmoniza-se com o mandamento constitucional do art. 54 que, como tal, além de guiar a produção normativa que compete ao legislador, pauta também a do julgador”.²⁵⁴

Adverte que a hermenêutica difere da adotada pela Suprema Corte de Justiça que, diante da imprevisão normativa expressa, adota o critério da residualidade e generalidade da lei que regulamenta os regimes da indústria e do comércio, afastando o regime mais favorável que regulamenta o comércio.

Depreende-se da análise da decisão que, na ausência de legislação regulamentando o regime para o setor de serviços, o Tribunal não se utilizou da analogia, o que exigiria a aproximação com uma das atividades que restaram afastadas – industrial ou comercial.

Por outro lado, não deixou de aplicar a proteção constitucional de limitação da jornada, sob o argumento de ausência de regulamentação, conferindo ampla proteção ao direito fundamental previsto na disposição constitucional, ao aplicar a norma mais favorável ao trabalhador, dentre os regimes regulamentados.

²⁵⁴“Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. *Ambos constituem processos de criação do direito*”. CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 27.

Plá Rodriguez, em obra clássica do Direito do Trabalho, discorre sobre o “Princípio de Proteção” e seus desdobramentos nas regras “*in dubio, pro operario*”, da “norma mais favorável” e da “condição mais benéfica”.

O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho. Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas.²⁵⁵

A regra da norma mais favorável decorre do pluralismo jurídico do Direito do Trabalho, com normas vindas do Estado e da autonomia, individual e coletiva, dos particulares, determinando-se que, havendo mais de uma norma aplicável ao caso concreto, aplique-se a norma mais favorável ao trabalhador.²⁵⁶

O artigo 7º da Constituição da República faz retratar em nosso ordenamento jurídico o princípio de proteção, que inspirou o surgimento do Direito do Trabalho em sua finalidade de realização da justiça social, afirmando a existência de direitos aos trabalhadores, por ela previamente estabelecidos, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.²⁵⁷

Por tal disposição, sendo conferidos outros direitos ao trabalhador, desde que mais favoráveis, ficam igualmente assegurados, como norma constitucional. Considerando-se norma tanto a regra como o princípio, a incidência da norma mais favorável pode ocorrer também entre princípios, cujo âmbito de proteção é amplo.

Percebe-se a maior amplitude do princípio protetor, para além de sua constitucionalização, a partir da identificação dos direitos trabalhistas com os direitos humanos fundamentais e, do reconhecimento da força normativa dos princípios.

²⁵⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 85.

²⁵⁶ Neste mesmo sentido, o artigo 620 da Consolidação das Leis do Trabalho, fazendo prevalecer, a convenção coletiva de trabalho, quando mais favorável, sobre o acordo coletivo de trabalho. “Art. 620. As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”.

²⁵⁷ “Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)”.

[...] a regra do art. 7º, cujos incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê expressamente, em seu *caput* [...], a abertura a outros direitos similares, inclusive sem restrição quanto à origem. Aliás, na doutrina nacional já foi virtualmente pacificado o entendimento de que o rol dos direitos sociais (art. 6º) e o dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são – a exemplo do art. 5º, § 2º, da CF – meramente exemplificativos, de tal sorte que ambos podem ser perfeitamente qualificados de cláusulas especiais de abertura.²⁵⁸

2.5. Garantia de emprego – Sentença definitiva nº. 274/2008

Trata-se de decisão proferida em recurso de apelação interposto pela demandada, em que a sentença foi confirmada. A sentença condenou a demandada no pagamento de indenização especial por despedida de empregado estável.

O autor sofreu um acidente de trabalho no dia 28.6.2006, ficando amparado pela Seguridade Social até o dia 11.8.2006, quando obteve alta. Retornando ao trabalho no dia 15.8.2006, a demandada não o reintegrou, alegando abandono de emprego.

A demandada, por sua vez, encaminhou um telegrama ao autor no dia 31.7.2006, intimando-o para comparecimento ao trabalho, ou para justificar a ausência, sob pena de configuração de abandono de emprego. Em 14.8.2006 encaminhou outro telegrama, comunicando o abandono de emprego.

Alega a demandada conduta omissiva e negligente do autor, por não dar conhecimento ao empregador das ocorrências e de sua alta.

A sentença entendeu que houve má-fé do empregado em não comunicar o empregador, mas que competia ao demandado certificar-se do ocorrido, antes do envio do telegrama em que comunica o abandono de emprego, reconhecendo o pedido do autor.

O artigo 69 da lei 16.074, que regulamenta a proteção do emprego do empregado acidentado, impõe a este, exclusivamente, um prazo de quinze dias, a contar da alta, para retorno ao trabalho, não havendo que se falar em obrigação do empregado.

²⁵⁸SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 82-83.

A partir do retorno, o empregador terá o prazo de quinze dias para a reintegração; neste caso, tratando-se de uma obrigação do empregador, sujeita a indenização para o caso de descumprimento.²⁵⁹

A lei 16.074 regulamenta um direito humano fundamental garantido pelo artigo 67 da Constituição, de proteção do empregado acidentado, não cabendo ao intérprete da lei “criar obrigações na esfera do sujeito beneficiado, que a lei de ordem pública não prevê”.²⁶⁰

A interpretação do artigo 69 da lei 16.074 deve realizar-se em comunhão com a garantia de proteção constitucional, por seus princípios e valores, implícitos ou explícitos, o que significa conferir ao direito maior amplitude e possibilidade de desenvolvimento e execução.

No caso dos autos, a regra do artigo 69 da lei 16.074 deve ser aplicada conforme os princípios e valores do bloco de constitucionalidade dos direitos humanos trabalhistas, entre eles, o direito à proteção ante o acidente de trabalho.

Neste sentido, a atitude do empregador é ilícita, por violar o direito de proteção do empregado acidentado.

Da análise desta decisão, percebe-se a amplitude que deve ser conferida aos direitos constitucionalmente reconhecidos, no caso dos autos, delimitando a esfera de interpretação da legislação infraconstitucional.

No caso brasileiro, o bloco de constitucionalidade dos direitos humanos fundamentais trabalhistas exige, para a efetiva realização destes direitos, que se considere a progressiva proteção proposta pelo artigo sétimo, no sentido de melhoria da condição social do trabalhador.

²⁵⁹“El trabajador habrá de presentarse a la empresa dentro de los quince días de haber sido dado de alta. Si el empleador no lo readmite dentro de los quince días siguientes a su presentación tendrá derecho a una indemnización por despido equivalente al triple de lo establecido por las leyes generales para el caso de despido común”. PÉREZ DEL CASTILLO. op. cit., p. 277.

²⁶⁰“Artículo 67.- Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales”.

[...] na perspectiva exclusiva do Direito do Trabalho, os valores fundamentais deste, dentro da lógica do Direito Social, são os de que: a) o trabalho humano não é uma mercadoria de comércio; e b) a aplicação das normas trabalhistas serve à melhoria progressiva e constante das condições sociais e econômicas (de vida e de trabalho) do trabalhador [...] Não se trata, ademais, de uma opção do intérprete. Estando vigente um ordenamento jurídico que se pauta pela lógica do Direito Social, qualquer interpretação que ponha sobre todos estes valores merece subsistir.²⁶¹

Dessa forma, faz-se necessária uma releitura de nossa legislação infraconstitucional, cuja interpretação deve considerar o âmbito de proteção atual dos direitos trabalhistas.

A proteção do ser humano que trabalha, que se centraliza no núcleo principal do Direito do Trabalho, situa a finalidade da disciplina no próprio coração dos direitos humanos fundamentais e lhe reconhece o mérito de uma tutela jurídica privilegiada. Esse amparo jurídico do trabalhador não pode ser considerado como simples valor pertencente ao Direito do Trabalho, mas faz parte do acervo geral da ordem pública como expressão de bens jurídicos inerentes à condição humana.²⁶²

²⁶¹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). op. cit., p. 27-28. Trecho extraído do capítulo “O que é direito social? Escrito por Jorge Luiz Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia.

²⁶²GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Ordem pública e direito do trabalho*. Traduzido por Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003. p. 101.

CONCLUSÃO

Iniciou-se este trabalho com o surgimento do Direito do Trabalho, dada a conexão das razões históricas com a finalidade desta ciência. O surgimento do Direito do Trabalho, no que diz com sua dimensão fática, relaciona-se com o advento da Revolução Industrial e os efeitos dela decorrentes.

A Revolução Industrial, favorecida pelas condições econômicas e políticas da época, caracteriza-se pela introdução das máquinas, fazendo modificar o modo de produção dos bens e, conseqüentemente, o trabalho e a sociedade, constituindo um marco para o desenvolvimento do capitalismo moderno, então denominado capitalismo industrial.

Tem início na Inglaterra, no século XVIII, espalhando-se, ainda neste século, pelo continente europeu, Estados Unidos e Japão, sendo sucedida pela Revolução Tecnológica.

Sob o ponto de vista trabalhista, implica na modificação das formas de trabalho, passando o capital a ser o detentor dos meios e do resultado da produção, em substituição à manufatura, impondo aos trabalhadores as condições de trabalho e, com isso, as condições de vida destas pessoas.

As relações de trabalho substituem as relações humanas, tendo-se no trabalhador não uma pessoa, mas uma mão de obra – expressão que vem sendo substituída por “recursos humanos” e, atualmente, por “colaboradores” – apenas uma parte da produção mecanizada, entendendo-se o trabalho como mais uma mercadoria do sistema capitalista de produção.

A produção industrial é estruturada de forma a obter a maior produtividade no menor tempo, com a divisão das etapas da produção, impondo seu ritmo ao trabalhador, em troca de baixos salários.

As condições de trabalho e de vida do trabalhador, com a exploração do trabalho humano, expõem o resultado desta relação desigual entre capital e trabalho – a denominada questão social – que, gerando pobreza e miséria, acaba por afetar toda a sociedade.

A questão social é identificada a partir da difusão de problemas de ordem social, atingindo-se os trabalhadores – homens, mulheres e crianças – as famílias, as cidades, e a própria condição humana.

A divisão das classes sociais – de um lado a burguesia, detentora dos meios de produção e, de outro lado o trabalhador, esvaziado de sua condição humana – será denunciada pelas lutas operárias.

Os operários das indústrias, das minas e da agricultura formam o proletariado, assim denominada essa classe de trabalhadores explorados e excluídos do resultado da produção e da própria sociedade.

O movimento operário, mobilizado principalmente pelo proletariado industrial, mostra-se agressivo e frágil numa primeira fase, mais propriamente exercido como simples forma de revolta, ganhando força e expressão com a mobilização coletiva dos operários, impondo melhorias em suas condições de trabalho.

As lutas operárias, decorrência da necessidade de homens aviltados em sua condição humana, apesar das dificuldades e dos fracassos, dado que suas conquistas tinham que ser constantemente renovadas, pode expor a miséria social gerada pela supremacia da ordem econômica.

A guerra social que se estabelece desestabiliza o próprio regime de produção capitalista que, para sua manutenção, terá que se compor com os trabalhadores, o que, a esta altura, já não decorre de mera concessão.

A liberdade contratual estabelecida nesta fase é sustentada pela teoria econômica que surge com a Revolução Industrial e visa atender aos interesses da classe em ascensão – a burguesia – o Liberalismo econômico.

A ideia central do Liberalismo econômico é a de não interferência do Estado, em defesa da liberdade individual como forma de realização do bem-estar social. Essa concepção de liberdade encontra amparo na concepção filosófica da época – o Iluminismo – que entendia a liberdade como um direito natural, não devendo ser restringido pelo Estado.

A Revolução Francesa, de 1789, fez consagrar os ideais do Iluminismo, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamando o direito natural à liberdade na forma de defesa contra as opressões do Estado.

A *Lei Le Chapelier*, de 1791, sob o mesmo argumento de proteção da liberdade individual, proíbe as corporações de ofício que, por seus estatutos e regulamentos, impunham condições de trabalho.

O desajuste social, extremado com a Primeira Guerra Mundial, quando a barbárie humana restou exposta, resultou na assinatura do Tratado de Versalhes, instituindo a Sociedade das Nações e fundando a Organização Internacional do Trabalho – OIT, visando impulsionar a criação da legislação trabalhista em nível mundial, sob a afirmação de que a paz universal só pode subsistir tendo por base a justiça social.

A Organização Internacional do Trabalho aprova, em 1944, a Declaração de Filadélfia – “Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho” e, em 1946, o “Instrumento para a emenda da Constituição da Organização Internacional do Trabalho”, com a Declaração de Filadélfia como anexo, reafirmando os princípios fundamentais da Organização, entre eles, o de que o trabalho não deve ser considerado simplesmente como mercadoria ou artigo de comércio.

Em 1945 foi assinada a “Carta das Nações Unidas”, instituindo a Organização das Nações Unidas, à qual a Organização Internacional do Trabalho vinculou-se, em 1946, como organismo especializado, proclamando a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, restando superada, desde o Tratado de Versalhes, a perspectiva individualista da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No Brasil, o surgimento do proletariado industrial dá-se na transição de uma sociedade escravista, sendo formado principalmente por imigrantes, constituindo-se em fator agravante a cultura escravista de exploração do homem e do trabalho.

O movimento operário organiza-se nas associações mutualistas, a partir de 1833, com finalidade assistencialista e, nas ligas operárias, a partir da década de 1870, tendo estas uma proposta de luta.

As correntes de pensamento foram o anarquismo, o socialismo reformista, o trabalhismo e o positivismo, valendo-se o movimento operário de vários instrumentos de luta, como a greve, os jornais e os partidos operários, impondo-se, para a manutenção do sistema de produção, a criação de uma legislação social.

A criação de uma legislação trabalhista, com sua expansão a partir de 1930, o constitucionalismo social em 1934 e a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, já aponta para o compromisso social assumido pelo Estado.

Há que se admitir que, a relação de trabalho é uma relação de dependência do trabalhador com o poder econômico, não uma simples relação contratual, e que esta

relação de trabalho tem implicações na vida pessoal deste trabalhador, cuja dignidade terá que ser preservada.

A realização da justiça social, que se propõe desde o Tratado de Versalhes, terá que ser dimensionada na perspectiva da dependência econômica do trabalhador e do envolvimento de sua dignidade na relação de trabalho.

A dependência e a desigualdade são elementos do sistema de produção, cuja manutenção exige medidas progressivas, de proteção ao trabalhador e de promoção de sua dignidade, tanto mais quanto mais desenvolvida a produção, o quer dizer que, no atual estágio de internacionalização do capital e das necessidades empresariais, a justiça social somente será possível com uma concepção ampla e efetiva de proteção ao trabalhador.

Com a Constituição de 1988, o compromisso com a efetividade dos direitos trabalhistas resta estampado com a sua inclusão no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Neste sentido, a construção doutrinária e jurisprudencial que vem sendo feita de uma adequada hermenêutica constitucional, em especial, quanto aos direitos humanos fundamentais.

Um dos pressupostos para esta efetividade é a de aproximação entre a norma e a realidade, fazendo-se realizar a norma e, assim, conferindo-se força normativa à Constituição.

A referida aproximação exige uma Constituição aberta, com princípios fundamentais cujo conteúdo possa ser construído, conforme as peculiaridades do caso concreto, de forma que se possa extrair da norma o máximo de sua concretização.

A proposta hermenêutica atual considera a evolução do Estado liberal para o Estado social. No Estado liberal, superada a fase do jusnaturalismo, tendo-se em conta a preocupação com a proteção da liberdade frente à ingerência do Estado, deu-se a positivação nas constituições da liberdade individual, como direito de defesa, de não interferência do Estado, consolidando-se os valores defendidos pela Revolução Francesa.

Na mudança do Estado liberal para o Estado social, o conceito de liberdade individual e formal resta insuficiente, reconhecendo-se para a liberdade o pressuposto da igualdade, no sentido material, dando-se a constitucionalização dos direitos sociais, movimento denominado de constitucionalismo social.

O reconhecimento dos direitos sociais pelas Constituições veio, num primeiro momento, atrelado ao conceito de programaticidade das normas, esvaziando-as de conteúdo, num retorno ao conceito jusnaturalista de um ideal de justiça, sem força normativa.

O conceito de normas programáticas decorre da diferença que se estabelecia entre as regras e os princípios. Os princípios seriam meros informadores do sistema jurídico, tendo funções de interpretação e de integração do ordenamento jurídico, em caráter supletivo, sendo destituídos de força normativa. Neste sentido, são programáticos, embora de eficácia plena, eficácia plena nos limites de sua programaticidade.

A teoria dos princípios que se propõe atualmente, com vistas à força normativa da Constituição, confere aos princípios a mesma força normativa das regras. A referida doutrina, já formulada em 1952 por Crisafulli, afirma que a norma é composta de regras e de princípios. A abordagem da teoria difere entre os autores.

Na doutrina de Canotilho, os princípios jurídicos, ou princípios-normas, constituem o fundamento das regras e possuem uma função sistêmica, definindo a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, cuja estrutura comporta princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais especiais e regras constitucionais, diferenciando-os pelo grau de concretização, tendo nas regras o último grau de concretização dos princípios, formando uma unidade material.

No mesmo sentido, temos a doutrina de Barroso, diferenciando regras e princípios por grau de fundamentalidade, tendo os princípios maior grau de abstração, estruturando-os em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais, propondo na interpretação constitucional que se considere do princípio maior ao mais específico.

Ambos definem os princípios como normas mais fundamentais do sistema, tendo nas regras a concretização dos princípios, divergindo quanto às normas programáticas, não mais aceitas por Canotilho e reconhecidas por Barroso.

A diferença estabelecida pelas doutrinas entre regras e princípios, por grau de fundamentalidade, pressupondo a existência de uma estrutura com fundamento nos princípios, retira a força normativa destes, visto que sua concretização dar-se-á com a regra.

Na doutrina de Robert Alexy, na qual se baseiam os autores anteriormente citados, a diferença entre regras e princípios é qualitativa, não de grau, inexistindo uma estrutura sistêmica no texto constitucional.

Diferencia, inicialmente, a disposição normativa da norma, tendo-se, como normas de direito fundamentais – as expressamente estabelecidas e as atribuídas. Os princípios são mandamentos de otimização satisfeitos em graus variados, enquanto as regras são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

O conflito entre regras resolve-se com o reconhecimento de invalidade de uma das regras, enquanto a colisão de princípios resolve-se pela precedência de um sobre o outro naquelas condições.

Estabelecida a precedência, a ação que decorre do princípio que foi preterido está proibida, constituindo-se numa regra (proibitiva) para o caso concreto. A ação decorrente do princípio prevalente cria uma regra a ser aplicada para o caso concreto, sendo esta uma norma de direito fundamental atribuída.

Conforme Zagrebelsky, houve uma mudança da figura do Estado, como pessoa soberana, para um Estado Constitucional, propondo um conceito aberto de Constituição, a ser construída, representando forças e interesses antagônicos, num contexto de pluralidade de princípios e de valores.

Afasta a ideia de uma pressuposta unidade sustentada pelos princípios, o que reduziria o Estado a um Estado legislativo, bem como a aplicação, aos princípios, de seus mecanismos de integração do ordenamento jurídico e de interpretação sistemática. O direito não decorre exclusivamente da lei, que são as regras estabelecidas pelo Poder Legislativo, mas também dos princípios, onde o direito será realizado pelos juízes.

A proposta destes últimos autores converge para a superação da hermenêutica tradicional, que nega ou reduz a força normativa dos princípios, ampliando o âmbito de sua proteção, em especial, quanto aos direitos humanos fundamentais, que se configuram como pretensões subjetivas absolutas, independentes da regra criada pelo legislador.

Os direitos humanos fundamentais são os direitos reconhecidos pelo Estado Constitucional, portanto, não apenas os positivados nos textos constitucionais internos, ou nos tratados internacionais, como também os direitos materialmente fundamentais não escritos, expressamente reconhecidos pelo parágrafo segundo do artigo quinto do texto constitucional brasileiro.

Na classificação dos direitos humanos fundamentais, sob sua perspectiva histórica, têm-se – como direitos de primeira dimensão os direitos de defesa, civis e políticos, típicos do Estado Liberal, a exigir do Estado uma postura de abstenção; como direitos de segunda dimensão os direitos a prestações positivas do Estado, econômicos, sociais e culturais, correspondendo ao período de constitucionalismo social; como direitos de terceira dimensão os direitos à fraternidade e à solidariedade, que se diferencia dos anteriores por sua titularidade – havendo uma diversidade de classificações quanto a novos direitos, de quarta e de quinta dimensões.

A divisão dos direitos fundamentais por gerações ou dimensões comporta a análise do ponto de vista exclusivamente histórico de sua positivação, não havendo mais a distinção, entre eles, quanto ao papel do Estado ou quanto à titularidade.

A regulamentação e a atuação do Estado fazem-se necessárias com relação a todos os direitos fundamentais, cujo conteúdo foi sendo redimensionado conforme a evolução do pensamento.

Na Constituição brasileira consta de forma expressa como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, reunindo os direitos de todas as gerações, redimensionando os direitos de liberdade e de igualdade formais para um conceito material, bem como, de uma concepção individualista para uma concepção social, reforçada com o conceito de solidariedade, com maior ênfase à dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos fundamentais consagram direitos subjetivos individuais, impondo também obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos, neste ponto, fazendo superar o conceito de direitos exclusivamente de defesa – correspondentes, respectivamente, às perspectivas, subjetiva e objetiva – ressaltando-se a prevalência da perspectiva subjetiva.

A titularidade, e consequentemente a possibilidade de exercício, dos direitos fundamentais, comporta as dimensões, individual, coletiva, e difusa – sendo que estas últimas não excluem a titularidade individual, dado que são direitos referidos à pessoa humana, tendo por destinatário da norma o Estado e/ou os particulares, como no caso das relações trabalhistas, gerando direitos de defesa e direitos a prestações.

Quanto aos direitos sociais, tem-se os direitos de defesa – como liberdades sociais, a toda e qualquer atitude de abstenção do Estado – e, os direitos a prestações – englobando

toda e qualquer posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado; sendo subdivididos em direitos a prestações jurídicas – como medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais pelo Estado contra ingerência de terceiros e à participação na organização e no procedimento –, e direitos a prestações fáticas – vinculados prioritariamente às funções do Estado Social.

No atual Estado Social, o comprometimento do Estado dá-se na perspectiva de realização dos direitos sociais, como forma de realização de seus objetivos fundamentais – a liberdade, a igualdade e a solidariedade – restando superado o conceito de programaticidade desses direitos, bem como, de eficácia meramente jurídica de suas normas.

A doutrina tradicionalmente aceita, de classificação das normas constitucionais, em normas de eficácia plena e normas de eficácia contida – com aplicabilidade imediata – e, normas de eficácia limitada – com eficácia diferida, encontra óbice no disposto no parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição brasileira, que impõe a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Com maior rigor ainda, no que diz respeito aos direitos sociais, que definem a dimensão e o compromisso do Estado Social. Conforme esta classificação, justamente os direitos sociais são tidos como programáticos e de eficácia limitada.

Acrescente-se, a incompatibilidade da classificação com o reconhecimento da força normativa dos princípios, seja porque considera norma apenas a regra criada pelo legislador, considerando-se os princípios como programáticos, seja porque afasta o conceito de eficácia social da norma, visto que se baseia na eficácia meramente jurídica.

Na hermenêutica que se propõe, pautada especialmente nos direitos humanos fundamentais, tem-se o conceito de Constituição aberta, com normas-regras e normas-princípios, sendo os princípios mandamentos de otimização, com suporte fático amplo, que permite a construção do direito, no caso concreto, pelos juízes, aproximando-se a norma da realidade, num conceito igualmente amplo de eficácia, no sentido de efetividade.

O suporte fático da norma, em abstrato, confere ampla proteção, sem prévia delimitação, delimitando-se o âmbito de sua proteção somente diante das variáveis do caso concreto, denominado suporte fático concreto.

Em razão do suporte fático amplo da norma, em abstrato e independente do caso concreto, pode ocorrer uma colisão entre princípios, que será resolvida, com as variáveis

do caso concreto, pela prevalência de um dos princípios, o que não restringe, em abstrato, o âmbito de proteção destes.

O direito contido nos princípios somente pode ser realizado pelo juiz. A colisão entre princípios também ocorre quando a regra é inconstitucional, remetendo-se a solução para a consideração dos princípios que resultaram na regra.

Sendo a regra válida, o princípio será restringido pela própria regra. Neste caso, a restrição operou-se pelo legislador.

Diante desta teoria, conclui-se que toda norma é restringível, o que também invalida a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida. Sendo a regulamentação uma espécie de restrição, então toda norma é regulamentável, invalidando-se a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

A questão de necessidade de regulamentação da norma, para que produza efeitos, decorre da separação entre direitos de primeira e de segunda geração, inviabilizada ao considerar-se o redimensionamento dos direitos na perspectiva dos direitos sociais, sendo regulamentáveis, também por este motivo, as normas ditas de eficácia plena.

A realização dos direitos humanos fundamentais no Estado Social impende que se considere a realidade social, com a aproximação entre a realidade e a norma, exigindo-se a eficácia social da norma, num conceito de efetividade do direito.

A base dessa hermenêutica concretizadora está na aceitação da força normativa dos princípios que, por seu suporte fático abstrato amplo, terá seu âmbito de proteção definido no caso concreto, pela atividade jurisdicional, que fará realizar o direito, criando-se uma regra para casos futuros.

Com vistas à aproximação entre a teoria proposta e a realidade jurisdicional, no âmbito do Direito do Trabalho, concluiu-se pela necessidade de análise de algumas decisões judiciais.

Em decisão proferida pela Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nos autos de um dissídio coletivo de natureza jurídica, debateu-se sobre a abusividade da dispensa coletiva ocorrida, não precedida de uma negociação coletiva.

Na definição do suporte fático concreto, ponderou-se sobre as circunstâncias fáticas do caso concreto, considerando-se a doutrina, o ordenamento jurídico nacional, o direito

comparado e os costumes, reunindo-se temas de hermenêutica constitucional e de direitos humanos fundamentais.

Tratou-se da dispensa coletiva de 4.200 empregados, sendo considerado o abalo social dela decorrente, a expressividade e o sucesso do empregador no mercado mundial, os efeitos para o empregador da crise econômica internacional e, a conduta do empregador.

Entendendo-se pela inexistência de uma regra para este caso, decidiu-se pela aplicação dos princípios gerais de direito, especialmente do Direito do Trabalho e de direito comparado, adotando-os como norma, composta de regras, princípios e argumentação jurídica.

No sopesamento dos princípios, considerou-se que a liberdade de iniciativa deve ser contingenciada por interesses do desenvolvimento nacional e de justiça social, bem como, pela preservação do valor relativo à dignidade da pessoa humana, sendo reconhecida a abusividade da dispensa, por não ser precedida de negociação coletiva, e sua irreversibilidade, ensejando medidas tendentes a minimizar os danos sociais dela decorrentes.

Na colisão dos princípios, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, o princípio da liberdade de iniciativa foi preterido, resultando em duas regras. A ação decorrente da aplicação do princípio da liberdade de iniciativa, naquelas condições, está proibida, por violar um direito fundamental, resultando numa regra proibitiva. Ainda, a ação decorrente dos princípios do desenvolvimento nacional, da justiça social e da dignidade da pessoa humana, naquelas condições, cria uma regra a ser aplicada para o caso concreto, constituindo-se em norma de direito fundamental atribuída. Estas regras servem para casos futuros, naquelas condições.

Cuidou-se de outra decisão, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos de Reclamação Trabalhista – definiu-se o suporte fático concreto relacionado ao âmbito de proteção do Princípio da Igualdade.

Como circunstância fática do caso concreto, o regulamento de empresa disciplinava benefícios aos empregados franceses, excluindo sua aplicação aos empregados brasileiros, tendo por critério exclusivamente a nacionalidade.

Entendeu-se que a regra decorrente do regulamento de empresa, naquelas condições, restringia o âmbito de proteção do Princípio da Igualdade de forma indevida,

decidindo-se pela aplicação do Princípio, estendendo-se a aplicação dos benefícios contidos no regulamento de empresa ao empregado brasileiro.

Na sequência, foram analisadas decisões proferidas pelo Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno, de Montevideo.

Em decisão relacionada à legitimidade passiva da tomadora de serviços, em que se alega uma hipótese de terceirização, entendeu-se pela caracterização da figura do empregador complexo, reconhecendo-se o vínculo de emprego também com a tomadora de serviços.

Neste caso, na ausência de regra específica regulamentando a matéria, deu-se a construção da figura do empregador complexo, com base nos princípios, protetor e da primazia da realidade.

No sopesamento dos princípios – de proteção do trabalho humano e da autonomia da vontade das partes – ponderou-se sobre a causa da descentralização produtiva. No caso concreto, na falta de outro motivo, restou caracterizado como fator preponderante a redução de proteção do trabalho, pela transferência da responsabilidade trabalhista para o prestador de serviços.

Os dois princípios, isoladamente considerados, e independentemente das variáveis do caso concreto, revelam-se por um suporte fático abstrato amplo, o que gerou a colisão de princípios, solucionada com a prevalência de um dos princípios, sob as condições apresentadas pelo caso concreto, fazendo-se prevalecer o princípio de proteção do trabalho humano, gerando uma regra para os casos futuros.

Em outra decisão, relacionada à limitação de jornada, definindo-se a atividade principal do empregador, por um critério residual, como setor de serviços, e inexistindo regra regulamentando a limitação de jornada para este setor, considerando que a Constituição confere o direito à limitação de jornada, a regra para o caso concreto teve que ser construída.

Na construção da regra, utilizou-se o critério da norma mais favorável ao trabalhador, na comparação entre a regulamentação da indústria e a do comércio, entendendo-se pela aplicação da regra do comércio, por ser mais favorável.

Neste caso, não tendo o legislador regulamentado o direito constitucionalmente assegurado, deu-se a regulamentação da norma constitucional por uma construção

jurisprudencial, fazendo-se realizar o direito e, com isso, conferindo força normativa à Constituição.

Como última decisão, relacionada à garantia de emprego decorrente de acidente de trabalho, tratou-se da interpretação de disposição infraconstitucional, considerando a proteção conferida pela Constituição ao empregado acidentado, fazendo-se realizar o bloco de constitucionalidade dos direitos humanos fundamentais trabalhistas.

A regra infraconstitucional pode restringir um princípio, ao regulamentá-lo, constituindo-se a regulamentação em uma forma de restrição feita pelo legislador. Nesse caso, não sendo a regra inconstitucional, esta deverá ser aplicada. No caso dos autos, considerando as suas variáveis para a interpretação da disposição infraconstitucional, a aplicação da regra, se desconsiderado o âmbito de proteção da norma constitucional, violaria um direito fundamental.

Importa consignar que não se pode desconsiderar a complexidade do tema em debate, procurando-se demonstrar algumas de suas implicações.

A efetividade do Direito do Trabalho, no contexto dos direitos humanos fundamentais, exige que se adote, antes de tudo, uma postura de realização destes direitos, e que se construa a doutrina pautada por esta escolha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Mario E. (Dir.); TOSCA, Diego M. (Coord.). *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

_____. (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2007.

AZEVEDO, Francisca Nogueira de. *Malandros desconsolados: o diário da primeira greve geral no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Prefeitura, 2005.

AZEVEDO, Raquel de. *A resistência anarquista: uma questão de identidade (1927-1937)*. São Paulo: Arquivo do Estado, Imprensa Oficial, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 61-84, jan./jun. 2007.

BERNARDO, João. *Transnacionalização do capital e fragmentação dos trabalhadores: ainda há lugar para os sindicatos?* São Paulo: Boitempo Editorial, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASELLA, Paulo Borba. *Tratado de Versalhes na história do direito internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. (Org.). *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. (Coleção Pedro Vidal Neto, v. 1).

COSTA, Hermes Augusto. O sindicalismo, a política internacional e a CUT. *Lua Nova: revista de cultura e política*. São Paulo, n. 64, jan./abr. 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ETALA, Carlos Alberto. *Interpretación y aplicación de las normas laborales*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

FAUSTO, Boris. *Trabalho urbano e conflito social (1890-1920)*. 4. ed. São Paulo: DIFEL, 1986.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Ordem pública e direito do trabalho*. Traduzido por Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GORENDER, Jacob. *Marxismo sem utopia*. São Paulo: Ática, 1999.

HARDMAN, Francisco Foot; LEONARDI, Victor. *História da indústria e do trabalho no Brasil: das origens aos anos vinte*. São Paulo: Global Ed., 1982.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Original de 1959.

HOBSBAWN, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Os trabalhadores: estudo sobre a história do operariado*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC Ed. 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Com a Emenda n. I, de 1969. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.

MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed., São Paulo: LTr, 1986.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>.

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. *Manual práctico de normas laborales*. 11. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Legislação de direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

POPINIGIS, Fabiane. *Proletários de casaca: trabalhadores do comércio carioca (1850-1911)*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>>.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

SILVA, Otávio Pinto e. A nova face do direito do trabalho: tecnologia, desemprego, trabalho autônomo e trabalho informal. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 82, p. 95-103, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

_____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br/>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 161.243-6. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *O crime e a terceirização*. Disponível em: <<http://www.amatra15.gov.br/produçãocientífica>>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

_____. Processo nº 0030900-12.2009.5.15.0000 DC. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.gov.br>.

URUGUAY. Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967). Disponível <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ANEXOS

ANEXO I

PROC. TRT/CAMPINAS 15ª REGIÃO Nº. 00309-2009-000-15-00-4 DC

DISSÍDIO COLETIVO JURÍDICO - SDC

1º SUSCITANTE: SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO

2º SUSCITANTE: SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE BOTUCATU

3ª SUSCITANTE: FEDERAÇÃO DOS METALÚRGICOS DE SÃO PAULO

ASSISTENTE LITISCONSORCIAL: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CONSTRUÇÕES DE AERONAVES E INSTRUMENTOS AEROESPACIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDIAEROESPACIAL

1ª SUSCITADA: EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA - EMBRAER

2ª SUSCITADA: ELEB EMBRAER LTDA.

GDJP/jp

CRISE ECONÔMICA - DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À minguada de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Européia (*Directiva 98/59*), Argentina (*Ley n. 24.013/91*), Espanha (*Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995*), França (*Lei do Trabalho de 1995*), Itália (*Lei nº. 223/91*), México (*Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente - última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006*) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a

demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva - o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

Trata-se de dissídio coletivo de natureza jurídica, com pedido de liminar, instaurado pelo SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO, SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE BOTUCATU e FEDERAÇÃO DOS METALÚRGICOS DE SÃO PAULO contra a EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA – EMBRAER e a ELEB EMBRAER LTDA, sob a alegação de que as suscitadas promoveram gigantesco corte nos postos de trabalho ao argumento de haver necessidade de redução dos custos perante a crise cíclica da economia. Argumentam que o número exato de demitidos ainda não é conhecido, contudo, segundo informações divulgadas pela empresa, o percentual corresponde a vinte por cento do total dos trabalhadores. Aduzem que vêm sendo realizadas mobilizações em assembleias diárias, mas, diante do acirramento do conflito, o Ministério Público do Trabalho mediou a negociação para tentar equacionar o grave problema social do desemprego massivo. Sustentam o cabimento da presente ação para declarar a antijuridicidade da conduta das suscitadas, que ameaça a coletividade dos demitidos. Afirmam que a atitude das suscitadas viola o direito à informação e à boa-fé, princípios democráticos da relação entre capital e trabalho no mundo contemporâneo, e que normas internacionais, tais como a Convenção nº 98 da OIT e as Recomendações nºs 94 e 163, debruçam-se sobre a importância da transparência entre as partes para fomentar o processo de negociação, razão pela qual entendem que a primeira atitude das suscitadas deveria ter sido de negociação coletiva com o sindicato de classe, comunicando de forma clara e transparente a decisão de demitir, situação que permitiria o debate com a finalidade de se buscar alternativas que não acarretassem o impacto social dos desligamentos. Argumentam que os atos praticados revelam-se ofensivos aos valores, princípios e regras constitucionais, eis que descompromissados com a democracia e com os valores humanos fundamentais, assim como com a função social da empresa. Entendem por violados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, III e IV), do acesso à informação (CF, art. 5º, XIV), do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (CF, art. 7º, XXVI), da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações (CF, art. 8º, III e VI), bem como os ditames da Convenção nº 98 da OIT e das Recomendações nºs 94 e 163, além das regras

do Código Civil do ato ilícito (CC, art. 187) e da boa fé (CC, art. 422). Aduzem que os números apresentados pelas suscitadas desmentem seu próprio discurso, pois os dados disponíveis no sítio eletrônico demonstram que houve crescimento de vendas de aeronaves em 2008, sendo que a previsão para 2009, revista no comunicado acerca dos desligamentos, ainda se situa em volume muito superior ao recorde atingido, ou seja, de 204 aeronaves em 2008, com previsão para 2009 de 270 aeronaves no total, reduzida para 240 unidades. Tecem considerações sobre a legislação comparada, argumentando que esta fornece subsídios para a integração do direito positivo brasileiro.

Procurações juntadas a fls. 17/18 e 44; cartas sindicais juntadas a fls. 43, 90 e 138, estatutos sociais juntados a fls. 24/42, 50/89 e 92/134 e outros documentos juntados a fls. 139/193.

A decisão de fls. 195/202 concedeu liminar para *determinar a suspensão das rescisões contratuais operadas, desde o dia 19/02/2009, pela suscitada, sem justa causa ou sob o fundamento de dificuldades financeiras decorrentes da crise econômica global (fls. 192/193), assim como as que vierem a ocorrer sob igual forma ou justificativa, até a data da audiência de conciliação.*

A fls. 206/208, ingressa nos autos o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL, pretendendo sua admissão como litisconsorte necessário, nos termos dos artigos 46 e seguintes do Código de Processo Civil, por entender que as suscitadas têm representação profissional distinta e não caber decisões divergentes sobre a mesma matéria na mesma empresa. Afirma que possui representatividade em todas as unidades fabris da suscitada, com exceção de São José dos Campos, face à suspensão temporária de sua representatividade em razão do processo de nº 00668-2006-083-15-00-6, em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho. Pede sucessivamente seja admitida sua intervenção sob a forma de assistência, nos termos do art. 50 do mesmo Código. E, em qualquer circunstância, na condição de representante das unidades fabris da suscitada no Estado de São Paulo, à exceção da unidade de São José dos Campos, em face do que foi decidido em processo que tramitou perante esta Corte e encontra-se em grau de Recurso perante o TST. Faz prova da regularidade de sua investidura sindical (certidão do MTE de fls. 250), reforçando sua afirmação de representatividade pelos acordos coletivos de trabalho firmados com a Federação representante da entidade suscitada. Juntou procuração (fls. 209), carta sindical (fls. 210), estatutos sociais (fls. 213/235) e outros documentos (fls. 236/345).

A fls. 343/344 foi indeferido o ingresso do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL – como litisconsorte necessário, por não demonstradas as hipóteses do art. 46 do CPC. Admitido, contudo, seu ingresso na condição de assistente litisconsorcial, tão somente para participar da audiência designada em prosseguimento.

Na audiência de fls. 346/348, restou infrutífera a conciliação. Foram juntados novos documentos, dos quais tiveram vistas as suscitadas. Pelas suscitadas foi requerida a juntada de defesa e documentos, o que foi deferido. Na oportunidade, foi designada reunião informal e oficial. As suscitadas consignaram terem disponibilidade para negociação, com apresentação de alternativas que não envolvam a reintegração dos trabalhadores dispensados, enfatizando que manterão o convênio médico dos trabalhadores,

extensivo aos seus dependentes, pelo prazo de um ano. Os suscitantes consignaram terem disponibilidade para negociações, sem, contudo, antecipar resultados. A Presidência do Regional manteve a liminar concedida até a audiência do dia 13/03/2009.

Em defesa, as suscitadas alegam, em síntese, não serem condizentes com a realidade as informações lançadas pelos suscitantes. Argumentam que os fatos que originaram o presente dissídio são atuais e deram ensejo à redução de pelo menos trinta por cento das encomendas de aviões e que a Embraer tem uma realidade econômica diferente da maioria das empresas nacionais, na medida em que sua clientela está ligada à área internacional, especialmente aos Estados Unidos e à Europa, sendo a situação econômica internacional das empresas aéreas extremamente delicada, o que tem obrigado as empresas de porte a lançar mão da dispensa de empregados como recurso para se manterem saudáveis e preservarem os empregos da maioria dos seus colaboradores. Aduzem que a Embraer foi a empresa do ramo que menos despediu. Afirmam que vêm promovendo ajustes em suas contas, com redução de gastos e adiamento de investimentos e que, no atual contexto econômico, a redução dos postos de trabalho é fundamental para manter o equilíbrio das contas da empresa, dado que houve redução da produção industrial de forma agregada de cerca de 30% dos pedidos então em carteira. Argumentam que até outubro de 2008 havia previsão de fabricação e entrega de 315/350 aeronaves, das quais 195/200 seriam de grande porte e 120/150, *Phenon*. Informam que em fevereiro de 2009 houve rebaixamento da previsão para 242 aeronaves, sendo 132 aeronaves de grande porte e 110 de pequeno porte. Assim, aduzem que a redução de trinta por cento dos pedidos levou à decisão de redução do contingente de pessoas envolvidas no processo produtivo e que, caso contrário, estaria comprometida a saúde da empresa e a condição de trabalho dos cerca de 17 mil empregados que lá trabalham. Trazem a preliminar de extinção do processo ao argumento de que os dissídios de natureza jurídica e os de revisão não comportam a pretensão dos sindicatos, por não se destinarem à criação de novas condições de trabalho ou à modificação das condições existentes. Arguem a preliminar de ilegitimidade ativa dos sindicatos e de ausência de comprovação de realização de assembleias. Argumentam que o Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu não tem a representação dos empregados da suscitada em São Paulo, Botucatu, Gavião Peixoto e Taubaté e que a Federação não tem razão para estar no presente dissídio, uma vez que existe sindicato local representativo dos trabalhadores das referidas unidades. Afirmam que na unidade de São José dos Campos há diversos empregados não vinculados à categoria profissional representada pelo sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos, empregados que integram categorias diferenciadas como as dos engenheiros, dos desenhistas projetistas, dos médicos, dos técnicos de segurança e outras. Asseveram que a instauração do dissídio deu-se ao arrepio de prévia manifestação de assembleia da categoria, requisito essencial para prosseguimento da demanda. Arguem a limitação do poder normativo, por entender que refoge ao Poder Normativo a criação de normas disciplinadoras da dispensa coletiva e a reversão das dispensas ocorridas. Argumentam a inviabilidade do dissídio coletivo de natureza jurídica, na medida em que a Constituição reconhece aos Tribunais do Trabalho o poder normativo, mas este deve respeitar as condições de trabalho convencionais e legais mínimas ao estabelecer novas condições. E mais, que há decisões do STF no sentido de que não se admite a instituição de cláusulas que se sobreponham à legislação, porque a matéria é de domínio de lei. Quanto à regularidade das dispensas ocorridas, argumentam que não foram abusivas, mas realizadas de forma sopesada, respeitosa e dentro dos parâmetros legais que admitem o direito potestativo do empregador. Afirmam que embora a Constituição Federal vede a dispensa arbitrária, não há disciplina em lei complementar e, além disso, a

Convenção nº 158 da OIT, ratificada pelo Brasil, foi revogada, não existindo qualquer obrigatoriedade de justificativa para o término da relação de emprego, devendo o empregador, nos contratos a prazo indeterminado pagar indenização tarifada, que basicamente corresponde aos 40% sobre os depósitos do FGTS. Asseveram que deliberaram pela dispensa de cerca de 20% dos trabalhadores, depositando as verbas rescisórias pertinentes nas contas correntes dos mesmos em 26/02/2009 e que frente a situações de estabilidade, tais como gravidez e afastamentos por questões médicas, a empresa reverteu prontamente os desligamentos. Argumentam que a Embraer não foi beneficiada com empréstimos do BNDES da ordem de 8 bilhões de dólares para financiamento de sua produção, já que referidos financiamentos foram concedidos a seus clientes. Aduzem que a dispensa foi procedida de todo cuidado e respeito, não ferindo a personalidade e a dignidade dos trabalhadores, pois houve comunicação pessoal feita pelos chefes imediatos, após o que foram formalizadas as dispensas por escrito. Além disso, o Presidente da empresa vinha mantendo contato com os empregados via correspondência, informando sobre a situação das vendas da companhia. Afirmam que o sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos sempre posicionou-se contrariamente à flexibilização das condições de trabalho via negociação coletiva, havendo assim verdadeiro radicalismo sindical que impede o diálogo entre as partes, decorrendo disso ser falaciosa a afirmação de que a empresa estaria ignorando as normas constitucionais, as convenções internacionais sobre sindicalização e a negociação coletiva. Aduzem ser falsa a idéia da proibição da dispensa coletiva no âmbito internacional, na medida em que há permissão, porém o procedimento supõe, em alguns países, a participação dos sindicatos na sua efetivação. Afirmam que o direito brasileiro não disciplina a dispensa coletiva nem mesmo limita de forma explícita as dispensas individuais e coletivas, nem as condiciona à negociação coletiva. Argumentam que as dispensas estariam amparadas pelos princípios da Convenção nº 158 da OIT, pois foram realizadas levando-se em conta os critérios flexíveis e a concessão de benefícios aos empregados. Além disso, sustentam que o conceito de dispensa coletiva não é pacífico no âmbito internacional e muito menos no Brasil. Asseveram que no Brasil o dever de negociar está previsto no ordenamento jurídico (art. 114, §2º, da CF, e art. 616 da CLT), não sendo requisito de validade para a celebração de negócios jurídicos, muito menos para a validade de dispensa coletiva, não havendo qualquer justificativa a amparar a pretensão de declaração de nulidade das dispensas. Quanto à inviabilidade da concessão da tutela antecipada, afirmam estarem ausentes os pressupostos para sua concessão (fls. 365/390). Juntaram procuração, contrato social e outros documentos (fls. 392/584).

A Associação Brasileira de Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão – ABRAC formula pedido de intervenção no processo sob a forma de *amicus curiae*, em face da relevância da matéria discutida nos autos e do postulado da unidade da constituição como técnica de hermenêutica fundamental. Aduz, ainda, pugnar pela aplicabilidade do contraditório nas relações entre particulares e dos efeitos deste princípio nas demissões da Embraer. Encerra a pretensão pugnando pela anulação do procedimento não jurisdicional que deu ensejo às demissões nas suscitadas e pela reintegração de todos os empregados demitidos, sem prejuízo de novas dispensas, desde que comunicadas previamente aos trabalhadores, para que possam informar-se, reagir e participar extrajudicialmente do ato imperativo de reprimenda privada. Protesta para que, se admitida a intervenção, possa sustentar oralmente (fls. 585/602). Juntou atos constitutivos.

Os suscitantes apresentaram manifestação acerca da defesa a fls. 624/631.

Na audiência de fls. 664/690, ocorrida na data de 13/03/2009, restou

infrutífera a conciliação. A D. Presidência deste Regional e da Seção de Dissídios Coletivos fez proposta final de tentativa de conciliação, da qual destaco o seguinte: *implementação de indenização adicional consubstanciada na majoração progressiva do aviso prévio indenizado, no valor correspondente a um mês de aviso prévio legal por ano de serviço prestado às suscitadas, limitados a quinze vezes desse valor, considerando-se como um ano a fração igual ou superior a seis meses, sem prejuízo do recebimento do aviso prévio legalmente previsto, considerando que o artigo 10 do ADCT já estabelece uma indenização compensatória nos casos de demissão arbitrária ou sem justa causa; Manutenção integral das cláusulas sociais prevista na Convenção Coletiva vigente das respectivas categorias por 12 meses, a contar da presente data até 13 de março de 2010; Garantia de reconstrução preferencial dos empregados dispensados na forma já abordada, pelo prazo de dois anos, na hipótese de reativação dos mesmos postos de trabalho; Manutenção do plano médico familiar, pelo período de 12 (doze) meses; Garantia de estabilidade de emprego para os empregados não dispensados, por um período de 120 (cento e vinte) dias.* Restou infrutífera a tentativa de conciliação. Foi dada a palavra ao Ministério Público do Trabalho, que opinou pela rejeição das preliminares e pela procedência das pretensões de *irregularidade em sua repercussão coletiva*.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

As partes, *in abstracto*, estão legitimadas para agir e regularmente representadas, os autos encontram-se formalmente aptos para o julgamento, em se tratando de competência originária desta Corte.

I – PRELIMINARMENTE

I.1 – DA INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – LITISCONSORTE NECESSÁRIO OU ASSISTENTE – SINDICATO AEROESPACIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construções de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL - requer a sua intervenção neste processo, na condição de litisconsorte necessário, nos termos dos artigos 46 e seguintes do Código de Processo Civil, e sucessivamente sob a forma de assistência, nos termos do art. 50 do mesmo Código e, em qualquer circunstância, na condição de representante das unidades fabris da suscitada no Estado de São Paulo, à exceção da unidade de São José dos Campos, em face do que ficou decidido em processo que tramitou perante esta Corte e encontra-se em grau de recurso perante o TST. Faz prova da regularidade de sua investitura sindical (certidão do MTE de fls. 250); reforça sua afirmação de representatividade pelos acordos coletivos de trabalho firmados com a Federação representante da entidade suscitada.

O MM. Desembargador Presidente desta Corte, na fase de conciliação do dissídio, rejeitou o pedido de litisconsórcio necessário, deferindo o sucessivo de assistência, nos termos do art. 50 do Código de Processo Civil, para possibilitar a sua

participação na audiência de conciliação.

Entendo razoável que se admita o requerente no pólo ativo da ação, ainda que haja controvérsia judicial acerca da sua representatividade nas regiões de São José dos Campos e Botucatu, conforme se verifica dos processos 01429-2006-132-15-00-9 e 00668-2006-83-15-00-6, ações declaratórias movidas pelos Sindicatos dos Metalúrgicos destas regiões, em que se pretende a declaração de nulidade dos atos de constituição, fundação, criação e do registro no MTE do sindicato requerente.

Há prova nos autos de que a ação movida pelo Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu foi julgada improcedente em primeiro grau, mas encontra-se em grau de recurso nesta Corte. A ação movida pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos foi julgada procedente por este Regional, mas se encontra em grau de recurso perante o C. TST. Assim, no momento atual, nada há de definido acerca de qual sindicato litigante, naquelas ações declaratórias, seja o legítimo representante dos empregados da suscitada.

Enquanto não houver solução com trânsito em julgado nestas ações declaratórias, o sindicato requerente é detentor da representatividade da categoria porque os seus atos constitutivos, a sua fundação, sua criação e o seu registro no MTE não foram definitivamente desconstituídos.

Ademais, o dissídio posto a julgamento nesta Corte, independentemente do seu resultado, alcançará todos os empregados da suscitada, não se restringindo às unidades de São José dos Campos e de Botucatu, para abranger outros municípios em que a representatividade do SINDIAEROESPACIAL não foi contestada.

Não se desconhece quão controvertida é a divergência jurisprudencial e doutrinária em torno da intervenção de terceiro em dissídio coletivo. É razoável que não se admita a intervenção dos integrantes ou membros da categoria profissional ou econômica representada por entidades sindicais. Isto por uma razão muito lógica: o ente sindical é a categoria corporificada que atua em juízo e admitir a intervenção no processo de integrantes da categoria seria contra senso, com ofensa aos institutos da investidura e da representação sindical.

A questão que se coloca, entretanto, é peculiar, em face da controvérsia instalada acerca da legitimidade da representação sindical, que não pode ser enfrentada nestes autos, ainda que *incidenter tantum*, na medida em que se encontra *sub judice* na instância adequada. É evidente a litispendência desta questão, o que obsta seu enfrentamento nestes autos.

Neste contexto, em prol da universalidade e efetividade da decisão, em ação de natureza coletiva que enfrenta um ato patronal que envolve mais de uma unidade industrial, situadas em diversos municípios do Estado de São Paulo, penso que se deva admitir a intervenção do requerente, não apenas como simples assistente, **mas como assistente litisconsorcial**, a fim de que a decisão a ser proferida nestes autos alcance o universo de todos os empregados da suscitada, independentemente da unidade em que estejam lotados.

Na dicção do art. 54 do Código de Processo Civil, a assistência litisconsorcial tem cabimento sempre que o litisconsorte da parte principal tiver relação jurídica com o adversário do assistido que sofrerá influência da sentença, ou seja, *toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido*. Neste caso, a decisão que vier a ser proferida nestes autos inegavelmente alcançará os

trabalhadores representados pelo requerente que trabalham na suscitada, ou seja, interferirá na relação entre os trabalhadores representados e o adversário dos assistidos. O recebimento do pedido de intervenção de terceiro, sob a forma de litisconsorte assistente não destoa do pedido do requerente, porque há pedido mais abrangente.

Há, portanto, interesse jurídico no pedido de assistência litisconsorcial.

Nem se alegue que a Federação dos Metalúrgicos, presente nos autos supra, possui a eventual representatividade dos trabalhadores de São Paulo, Botucatu, Gavião Peixoto e Taubaté, porque são áreas abrangidas pelo Sindicato de Metalúrgicos ou pelo SINDIAEROESPACIAL, que figuram como suscitantes, e sabidamente a Federação detém a representatividade direta dos trabalhadores de área inorganizada em sindicato. Está não é a hipótese dos autos.

Afinal, a admissibilidade da assistência litisconsorcial está em consonância com o que dispõe a Súmula n. 82 do TST.

Destarte, sou pela admissibilidade da intervenção do requerente sob a forma de assistente litisconsorcial, nos termos do art. 54 do CPC.

I.2 – DO PEDIDO DE INTERVENÇÃO DE *AMICUS CURIAE*

A Associação Brasileira de Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão – ABRAC formula pedido de intervenção no processo sob a forma de *amicus curiae*, sustentando a relevância da matéria discutida nestes autos e pelo postulado da unidade da constituição como técnica de hermenêutica fundamental. Aduz pugnar pela aplicabilidade do contraditório nas relações entre particulares e dos efeitos deste princípio nas demissões da Embraer. Encerra a pretensão pugnando pela anulação do procedimento não jurisdicional que deu ensejo às demissões nas suscitadas e pela reintegração de todos os empregados demitidos, sem prejuízo de novas dispensas, desde que comunicadas previamente aos trabalhadores, para que possam informar-se, reagir e participar extrajudicialmente do ato imperativo de reprimenda privada. Protesta para que, se admitida a intervenção, possa sustentar oralmente.

Nos processos em que não se discutem direitos subjetivos ou pretensão concreta deduzida pelo autor e resistida pelo réu, não poderia haver interesse jurídico a ensejar a intervenção de terceiro na relação processual. Este sempre foi o posicionamento do STF, sob o argumento de que se trata de ações que não envolvem situações de caráter individual, nem se destinam à solução de conflito intersubjetivo de interesses. Daí, o regimento interno do STF, que expressamente vedava a intervenção de terceiro nas ações diretas de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Daquela posição evoluiu-se, como avançaram muitos posicionamentos outros daquela Excelsa Corte, para admitir uma forma especial de intervenção de terceiro fora da nomenclatura do Código de Processo Civil, que a doutrina internacional nos ajuda a entender.

Trata-se do instituto *amicus curiae* ou *amigo da corte*.

O amigo da corte é aquele que lhe presta informações sobre matéria de fato e de direito objeto de controvérsia. sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de alguma forma, escapar-lhes ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* pode ser produzido, assim, por quem não é parte no processo,

com vistas a auxiliar a corte, contribuindo para que esta possa proferir decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa dos interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão¹.

Segundo o Professor Gustavo Binenbojm², *É tradição do constitucionalismo norte-americano a admissão da figura do amicus curiae em processos alçados ao conhecimento da Suprema Corte, quando em discussão grandes questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. O ingresso do amici curiae serve, assim, para pluralizar o debate que no sistema americano, é originariamente travado apenas entre as partes no processo. No âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do amicus curiae é prevista na Rule 37 do Regimento Interno da Corte – Brief for an amicus curiae.*

Alguns doutrinadores pátrios vislumbram que o ordenamento brasileiro já vinha admitindo algumas formas de intervenção de terceiro em leis especiais, fora, portanto, da nomenclatura do Código de Processo Civil, que poderiam configurar a hipótese de *amicus curiae*, como por exemplo na Lei nº 6.385/76, que trata da Comissão de Valores Mobiliários, em que se admite que a mesma seja intimada para oferecer ou prestar esclarecimentos acerca de litígios que envolvam matérias de sua competência. No mesmo sentido, a Lei nº 8.884/94, que no art. 89 admite a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em processos judiciais em que se discute a aplicação desta lei.

Na verdade, a introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro só se deu com tal propósito, por meio da promulgação da Lei nº 9.868/99, que sepultou de vez a disposição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que vedava a intervenção de terceiros nos processos de ação direta de inconstitucionalidade.

Trata-se de possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas hipóteses de ação declaratória de constitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como bem definido no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º Os demais titulares referidos no § 2º poderão manifestar-se por escrito, sobre o objeto da ação e pedir juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Finalmente, a Lei nº 9.882/99, que regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, no parágrafo 1º do art. 6º prevê a participação do amigo da corte:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

¹ Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Barrn's Educational Series, Inc., 1975, p. 112-12.

² *Revista Eletrônica de Direito de Estado*, n. 1 – janeiro/fevereiro/março/2005 – Salvador-Bahia-Brasil.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reafirmado que a figura do *amicus curiae* é uma importante inovação no direito admitida na esfera constitucional, igualmente na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de lei federal (vide EDcl no AgRg no Mandado de Segurança nº 12.459-DF – 2006/0273097-2).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.321-7 - DF, em que foi relator o Min. Celso de Mello, conforme ementário nº 2195-1, publicado no DJ de 10/06/2005, analisando o pedido de intervenção do *amicus curiae*, assim se pronunciou a fls. 47:

PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE”: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL.

O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, a figura do “amicus curiae”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. (grifei)

No contexto do ordenamento jurídico e da jurisprudência, o *amicus curiae* tem razões para intervir quando tiver contribuição para oferecer ao relator e que se mostre necessária para a solução da controvérsia ou à fim de superar grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas do Poder Judiciário.

É uma inovação que se insere no contexto de abertura para interpretação do

texto constitucional, permitindo que grupos sociais participem ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal quando estas afetarem seus interesses. Neste sentido, além dos órgãos legitimados para a propositura da ação direta perante o STF, poderão ser ouvidos quaisquer outros entes ou organizações cuja representatividade autorize a sua manifestação, conforme decorre da interpretação sistemática dos §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99.

No exame de admissibilidade do *amicus curiae*, cabe a este relator aquilatar a representatividade da entidade postulante e a relevância da matéria em discussão. O binômio representatividade e relevância não podem escapar à análise para se aquilatar se é útil, desejável e necessária a sua atuação processual, para a melhor solução da lide.

Na hipótese de dissídio coletivo de natureza jurídica, a legitimidade para sua propositura é exclusiva de entidades representativas de trabalhadores e de empregadores ou diretamente das empresas que possuam empregados.

Entidades outras, como organizações não governamentais – ONG's – e associações civis, desprovidas de personalidade sindical, na esteira da jurisprudência acima colacionada, não têm legitimidade nem representatividade adequada para serem admitidas como *amicus curiae*.

Não se vislumbra que a decisão proferida nestes autos tenha alguma interferência no âmbito de pessoas ou grupos de pessoas representados pela requerente, na medida em que diz respeito restritamente aos trabalhadores de uma única empresa. E mais, ainda que o tema tenha repercussão geral –demissão coletiva - em razão dos nefastos efeitos sócio-econômico na vida das pessoas, esta preocupação é genérica e abstrata para outras categorias. Ademais, a representatividade dos trabalhadores no Brasil, em face das empresas, há mais de sessenta anos é exclusiva dos sindicatos.

Por fim, não tem cabimento ao *amicus curiae* deduzir pretensões iguais, semelhantes, subsidiárias ou supletivas àquelas formuladas pelo autor da ação, já que sua intervenção é de amigo da corte e não da parte.

No caso, os suscitantes do dissídio coletivo sequer pedem reintegração ou indenização, como faz a requerente.

Por tais fundamentos, rejeito a intervenção da ABRAC como *amicus curiae*.

I.3 – DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – ARTIGO 267, IV, DO CPC

A suscitada sustenta a inviabilidade da presente ação porque no seu entender não se pode falar em dissídio coletivo de natureza jurídica, como designado na petição inicial, na medida em que não se vislumbra que tenha caráter de dissídio de direito, de interpretação, ou declaratório, porque o pedido é de natureza condenatória. Aduz ainda que a Orientação Jurisprudencial nº 07 da SDC do TST firmou entendimento no sentido de que o dissídio coletivo de natureza jurídica não se presta à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313 do RITST. E mais, que a decisão judicial de natureza declaratória tem por característica não se prestar à execução forçada, conforme ementas de acórdãos que colaciona. Pugna pela extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Pois bem.

O dissídio coletivo é um processo judicial com procedimento e rito especiais, da competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho, exceto os de

competência do TST, destinado à solução de conflitos coletivos de trabalho ou forma de ação coletiva cuja titularidade é conferida em geral aos sindicatos, que nada mais são que entes coletivos de defesa de interesses e direitos individuais e coletivos (CF/88, 8º, III), em que os titulares materiais são os integrantes da categoria profissional ou econômica representada, ou seja, no caso dos sindicatos de empregados, grupos de pessoas que têm um vínculo jurídico básico e por isso constituem uma categoria profissional.

Suscitado o dissídio ou a ação coletiva perante a Justiça do Trabalho, o Poder Judiciário trabalhista estará jungido a intervir no conflito coletivo para solucioná-lo. Não poderia ser diferente, sob pena de se negar o seu papel fundamental na sociedade, que é o de recobrar a paz social.

O processo coletivo tem um caráter instrumental de cunho marcadamente publicista, ou seja, de instrumento de intervenção do Poder Judiciário nos conflitos privados, na medida em que envolve questões de interesse coletivo e, não raro, de interesse público, que reclamam uma atuação estatal urgente, pronta e eficaz, em prol da paz social.

Fatos políticos, econômicos e sociais decorrentes da globalização econômica vêm impondo que se faça uma revisão crítica do processo judicial, com especial reflexão quanto aos meios necessários para que os direitos do cidadão sejam amplamente considerados, não podendo o Poder Judiciário ficar preso ou amarrado a uma ortodoxia do processo judicial que conduziria à frustração da atividade jurisdicional efetiva.

No tocante ao dissídio coletivo trabalhista, ensina o Professor e Ministro Ives Gandra Martins Filho³ que *A regra geral é, pois, que os dissídios coletivos constituam ações dispositivas, em que a solução do conflito coletivo se dá pela criação de novas regras e condições de trabalho, além daquelas já previstas legalmente.*

Com efeito, nos artigos 856 a 875 da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se todo o regramento pertinente aos dissídios ou ações coletivas que visam à criação de melhores condições de trabalho e salários, no âmbito das categorias envolvidas. São normas de procedimento, mas não comportam uma inteligência que se desvie deste propósito, ou seja, de solução de conflito de interesses ou econômico.

Não sem razão que o ilustre Professor e Ministro arremata que *a doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer a possibilidade do dissídio coletivo visando não à fixação de normas e condições de trabalho, mas à delimitação exata das já existentes, no sentido de interpretar as leis, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas incidentes sobre as relações de trabalho de uma dada categoria. Trata-se do denominado dissídio coletivo de natureza jurídica, que se contrapõe ao dissídio coletivo de natureza econômica.*

Louvando-me deste sábio ensinamento doutrinário, ousou dizer que os dissídios coletivos jurídicos não têm um regramento procedimental específico no ordenamento jurídico, nem mesmo normas que estabeleçam condições de admissibilidade da ação ou pressupostos processuais específicos para a sua instauração. Os requisitos ou pressupostos para a instauração válida e regular do processo de dissídio de natureza jurídica são aqueles de caráter geral dos dissídios coletivos de natureza econômica. Estes, sim, previstos em lei.

A construção doutrinária e jurisprudencial, entretanto, ao criá-lo, avançou e instituiu requisitos não previstos em lei para a admissibilidade desta ação e para a instauração do processo.

³ in *Processo Coletivo do Trabalho*, 3ª edição, LTr, p.77 .

É neste contexto que interpreto e aplico a Orientação Jurisprudencial nº 07 da SDC e o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, com todo o respeito que tenho por aquela Colenda Corte.

O caráter marcadamente publicista do processo de dissídio coletivo de natureza jurídica ou econômica, dada a relevância das matérias que trazem às portas do Poder Judiciário, não pode ser visto nem receber igual tratamento que os procedimentos que tenham por objeto questões de direitos individuais.

Fatos novos ou inusitados no mundo capitalista estão hoje trazendo às barras dos tribunais do trabalho fenômenos delineados por efeitos maléficos da globalização econômica, em que as dificuldades econômico-financeiras de empresas de países distantes repercutem na economia nacional, afetando número infindável de empresas e milhares de trabalhadores, requerendo dos poderes públicos, entre eles o judiciário, uma pronta e efetiva resposta.

Estes fenômenos têm levado as empresas a tomar atitudes imprevistas, que surpreendem os trabalhadores e a sociedade, como as demissões coletivas de seus empregados.

Neste contexto, *data vênia* daqueles que entendem em sentido contrário, penso que não é razoável nem justo que este Eg. Tribunal possa escudar-se em formalidades procedimentais para frustrar pronunciamento sobre o fundo da questão.

Aduz a suscitada que não se admite nas ações declaratórias, como se classificam os dissídios coletivos, pretensão condenatória.

Ressalto, porém, que a petição inicial contém pretensão de que o Tribunal instaure negociação com as suscitadas, cumulado com pedido meramente declaratório, porque o pedido é expresso de *que seja, ao final, julgado procedente o dissídio coletivo de natureza jurídica pra declarar nulas as demissões coletivas efetivadas sem observância da negociação prévia com os suscitantes*.

O dissídio coletivo é desenganadamente de natureza declaratória, no dizer do ministro Ives Gandra Martins Filho, acima transcrito, *no sentido de interpretar as leis, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas incidentes sobre as relações de trabalho de uma dada categoria*.

Não se pode desconsiderar, porém, que a suscitada compareceu à audiência de tentativa de conciliação e fez propostas de solução do conflito coletivo, o que não pode ser desprezado para a solução de questão tão intrincada.

De sorte que, não importando as palavras que empregue o suscitante, cabe ao Tribunal interpretá-las, conforme o objeto e a natureza da pretensão deduzida.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar.

I.4 – DA EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS E POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE ASSEMBLÉIA

A preliminar em epígrafe foi suscitada ao argumento de que o sindicato de Botucatu não possui a representação dos empregados da suscitada em São Paulo, Botucatu, Gavião Peixoto e Taubaté. E mais, que não se admite a atuação da Federação dos Metalúrgicos em área sindicalmente organizada porque os trabalhadores estão representados pelo Sindicato SINDIAEROESPACIAL. Nestas mesmas circunstâncias,

aduz que em São José dos Campos o sindicato dos metalúrgicos não representa as categorias diferenciadas dos engenheiros, desenhistas, projetistas, médicos, técnicos em segurança e outras.

Sustenta, ainda, que a representação é defeituosa porque ao arrepio de prévia manifestação em assembléia da categoria, requisito fundamental para a propositura da ação.

Inicialmente, cai por terra toda a argumentação da suscitada quanto à ausência de representação pelos sindicatos dos metalúrgicos em municípios que não o de São José dos Campos, porque ao examinar a admissibilidade do SINDIAEROESPACIAL, como assistente litisconsorcial, houve esclarecimento acerca das questões pendentes, relativas à representatividade da categoria. Na admissão da intervenção do SINDIAEROESPACIAL foi suprida qualquer deficiência de representação dos trabalhadores daqueles municípios, porque se trata de sindicato que tem base territorial em todo o Estado de São Paulo (certidão do Ministério do Trabalho de fls. 210).

Assim, representados pelo SINDIAEROESPACIAL ou pelo sindicato dos metalúrgicos, todos os trabalhadores dos municípios mencionados pela suscitada estão representados neste dissídio coletivo.

Não prospera, ainda, a arguição de ausência de assembléia específica com vista à outorga de poderes para negociação e instauração de dissídio.

Com efeito. O estatuto do SINDIAEROESPACIAL, no art. 6º, letra *b*, dispõe que são prerrogativas e deveres do sindicato:

a) representar perante as autoridades e poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, administrativa e demais entidades públicas e privadas, os direitos e interesses coletivos dos trabalhadores do setor aeroespacial e os individuais relativos à atividades exercida estando a diretoria autorizada a substituir processualmente seus representados;

b) participar obrigatoriamente de negociação coletiva. Celebrar Convenções, Contratos e Acordos Coletivos de Trabalho, expressamente autorizados pelos interessados, bem como suscitar dissídios coletivos.

Este sindicato juntou aos autos por ocasião da audiência de tentativa de conciliação, no dia 13.03.2009, ata de assembléia geral extraordinária autorizando a instauração do dissídio coletivo, bem como a relação dos associados que compareceram à assembléia.

Ademais, nos estatutos dos demais sindicatos há prerrogativas expressas para celebrar convenções e acordos coletivos, instaurar dissídios coletivos e outras ações para a defesa de direitos individuais e coletivos dos trabalhadores.

Havendo previsão estatutária de que o sindicato autoriza sua diretoria a celebrar acordo e convenção coletiva de trabalho, bem como a suscitar dissídios coletivos, estará suprida a necessidade de assembléia para suscitar dissídio coletivo de natureza jurídica, o que não se aplica, obviamente, aos dissídios de natureza econômica.

Ademais, no caso em exame, o impacto da demissão de mais de 4.200 trabalhadores, sem prévia negociação, nem comunicação antecipada do fato ao sindicato de classe, torna-o de tal forma inusitado e surpreendente, que exigiu dos suscitantes a solicitação de medida urgentíssima para a defesa dos interesses dos integrantes da categoria.

Entretanto, para que não se entenda que o Tribunal esteja criando um precedente perigoso de inexigibilidade de assembleia da categoria para a instauração de dissídio coletivo, fica esclarecido que se trata de um caso excepcional e extraordinário, que de forma alguma cria tal precedente.

Não é demais lembrar que a OJ nº 06 da SDC do C. TST foi cancelada. Aquela orientação jurisprudencial tinha a seguinte redação: *O dissídio coletivo de natureza jurídica não prescinde de autorização da categoria, reunida em assembleia para legitimar o sindicato próprio, nem da etapa negocial prévia para buscar solução de consenso.*

Rejeito a preliminar argüida.

I.5 – DA LIMITAÇÃO DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Argumenta a suscitada a inviabilidade do dissídio coletivo de natureza jurídica, por fugir ao poder normativo da Justiça do Trabalho, na medida em que a Constituição reconhece aos Tribunais do Trabalho o poder normativo para criar normas que respeitem as condições de trabalho convencionais e legais mínimas. E mais, que há decisões do STF no sentido de que não se admite a instituição de cláusulas que se sobreponham à legislação, porque a matéria é de domínio de lei.

Como ressaltado acima, o dissídio coletivo de natureza jurídica é uma criação doutrinária e jurisprudencial. O seu cabimento, portanto, não foi afetado pelas novas disposições constitucionais a partir da Emenda nº 45, porque se preservou, na nova redação do art. 114, o poder normativo da Justiça do Trabalho. Há que se ressaltar que nem mesmo na redação revogada havia previsão expressa de cabimento de dissídio coletivo de natureza jurídica.

É este o entendimento do Ministro João Orestes Dalazen no artigo *Reflexões sobre o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a Emenda nº 45/2004*⁴:

4.2. Dissídio coletivo de natureza jurídica

A nova redação do art. 114 da CF/88 omite a competência da Justiça do Trabalho para o dissídio coletivo de natureza jurídica, em que a Justiça do Trabalho, como se sabe, puramente interpreta norma jurídica coletiva ou regulamentar preexistente.

A redação originária do art. 114 também se omitira a respeito, e nem por isso a doutrina e a jurisprudência descartaram a competência da Justiça do Trabalho. Certamente remanesce tal competência se se cuida de ação meramente declaratória destinada a afastar a incerteza objetiva acerca do alcance de determinada norma jurídica, referida a uma situação concreta da relação de emprego. Vale dizer: se no dissídio coletivo de natureza jurídica o que se postula é a interpretação, em face de caso concreto, de norma jurídica que constitui cláusula do contrato de emprego, a ação não apenas é cabível (art. 4º do CPC) como também se inscreve na competência material da Justiça do Trabalho, à luz do art. 114, 1, da CF/88.

⁴ Os Novos Rumos do Direito do Trabalho, em homenagem ao Min. Jose Luciano de Castilho. Ltr 2005, pg. 464.

Não nos parece, *data venia*, que tenha havido limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho, a ponto de não se admitir o dissídio de natureza jurídica.

Destarte, a proposta é pela rejeição da arguição de não cabimento do dissídio coletivo de natureza jurídica.

II - NO MÉRITO

II.1 – DA CONTEXTUALIZAÇÃO DO DISSÍDIO

Trata-se de dissídio coletivo de natureza jurídica suscitado por sindicatos que detêm a representatividade dos empregados da suscitada EMPRESA BRASILEIRA DE AÉRONAUTICA-EMBRAER, que mantém unidades industriais nos municípios de São Paulo, São José dos Campos, Taubaté, Botucatu e Gavião Peixoto.

Os suscitantes pugnam pela instauração do dissídio coletivo de natureza jurídica para que o Tribunal, como mediador, estabeleça negociação não havida previamente à demissão coletiva e, ao final, declare nulas as demissões coletivas, efetivadas sem observância da negociação prévia.

A suscitada argumenta a necessidade de redução de custos em consequência da atual crise econômica e que **efetuiu a demissão coletiva de diversos trabalhadores**, bem como divulgou dados (fls.192/193) **indicando que vinte por cento do total de empregados seriam demitidos, o que alcançaria 4.400 (quatro mil e quatrocentos) postos de trabalho**, tendo em vista que possui aproximadamente 22.000 (vinte e dois mil) empregados.

Instaurada a instância, em cognição sumária o Presidente do E. Tribunal verificou estar configurado que se trata de caso de “demissão coletiva” não precedida de negociação coletiva que, se consumada, traria risco de ineficácia de eventual decisão final precedente e, atuando na fase de tentativa de conciliação, deferiu liminar que determinou a suspensão das rescisões contratuais praticadas desde 19/02/09, seja por dispensa sem justa causa, seja sob o argumento de dificuldades financeiras decorrentes da crise global, assim como aquelas que viessem a ocorrer sob igual justificativa até a data da audiência de conciliação.

À medida que se sucederam as audiências de tentativas de conciliação, a referida liminar foi mantida até a última audiência realizada no dia 13.03.09, conforme se verifica da ata de fls. 346/348 e 664/690, oportunidade em que foi reafirmada para perdurar até esta sessão de julgamento.

Finalmente, diante do insucesso das negociações encetadas por mais de 15 dias, em que se destaca o empenho e a dedicação do Ilustre Presidente desta Eg. Corte, os autos são submetidos a julgamento.

Entende este relator, ante o ineditismo da matéria submetida a julgamento – invalidade de demissão em massa não precedida de negociação coletiva – necessário que se examine sucintamente a proteção do empregado em caso de “demissão coletiva” no direito comparado, no Mercosul, no ordenamento jurídico nacional com as suas lacunas acerca do tema, as práticas empresariais em situações semelhantes, como nas incorporações, fusões e privatizações de empresas, para finalmente propor uma solução cabível, balizada pelos elementos dos autos e pelas circunstâncias notórias que envolvem o caso.

Registro de antemão que esse Tribunal tem sempre reconhecido a importância de todos os empreendedores e propulsores do desenvolvimento econômico e

social do País, da microempresa às gigantes industriais, agroindustriais, comerciais, agrocomerciais e empresas de prestação de serviços. A suscitada, empresa genuinamente brasileira, baseada em tecnologia aqui desenvolvida e incorporada, contando com capital e material humano nacionais, tornou-se uma âncora internacional na produção de aeronaves. Recordo-me que por ocasião do embate internacional com gigantes do chamado *mundo desenvolvido*, perante a Organização Mundial do Comércio, o sentimento de todos os brasileiros foi de que Embraer fosse vitoriosa, como aconteceu finalmente. A par desse sucesso em um mercado mundial tão competitivo, em que os desafios são enormes, o que deve ser ressaltado ainda é o fato de oferecer 22.000 postos de trabalho numa época de duro desemprego.

Não seria de se esperar, porém, a falta de sensibilidade dos seus dirigentes neste momento de crise no tratamento com os trabalhadores, pessoas que ao longo de muitos anos colaboraram diuturnamente para que a EMBRAER tornasse-se a empresa de sucesso que é hoje.

Confessadamente, o seu presidente, em manifestação à mídia⁵, revelou que foram dispensados 4.200 trabalhadores, deixando claro que não houve anúncio prévio, nem disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade.

Sabidamente, os sindicatos profissionais do setor são de difícil relacionamento com as empresas, porque se caracterizam por uma postura de confronto e de raro diálogo.

Entretanto, o que fica e remanesce é que sequer houve por parte da empresa uma iniciativa, uma sinalização de interesse ou intenção de negociar. Fica claro que negociar não significa ceder às pretensões dos empregados ou de seus sindicatos, mas entabular meios de obter concessões recíprocas das partes. Esse é o caminho.

Com tal espírito, porém, fica difícil implantar no País uma cultura de negociação direta e produtiva nas relações de trabalho. Felizmente, o panorama geral que se apresenta em outros setores empresariais é de espírito de negociação direta com os representantes sindicais, viabilizando soluções sem a intervenção do Estado. É o que se observa das inúmeras convenções e acordos coletivos de trabalho que encartam os processos examinados no dia-a-dia no Tribunal. O que se vê são Programas de Incentivo à Demissão Voluntária e de outras formas de rescisões contratuais coletivas ou em massa, que revelam o mais elevado respeito à dignidade da pessoa humana, do cidadão trabalhador.

No caso da EMBRAER, infelizmente, sem disposição para a negociação direta com os sindicatos, restaram infrutíferos os esforços do Presidente desta Corte que, não obstante seu empenho, dedicação, habilidade e experiência, não alcançou o que seria desejável - a tão almejada conciliação das partes - só restando ao Tribunal ditar uma decisão, o que definitivamente não será, em situações que tais, a solução ideal.

A decisão que esta Corte vier a proferir, por maior que sejam os esforços dos seus membros, não terá a estatura nem substituirá à altura os efeitos de uma solução

⁵ Segundo o colunista José Paulo Kupfer, do sítio *IG* da rede mundial de computadores, a suscitada é a terceira maior indústria aeronáutica do mundo e a maior exportadora brasileira de alta tecnologia. Na entrevista amplamente divulgada no referido sítio, o Presidente da EMBRAER declarou que não existe culpado neste caso, além da crise internacional. Na oportunidade, deixou claro que *nossos contatos com o sindicatos são contínuos, mas, efetivamente, no caso das atuais 4.200 demissões, não tivemos com eles nenhum processo de discussão, nem apresentamos plano antes do anúncio dos cortes.*

que resultasse de composição negociada e ajustada pelos protagonistas diretamente interessados.

II.2 - DA DEMISSÃO COLETIVA E DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO

O fenômeno da “dispensa coletiva” vem preocupando juristas e estudiosos há muitos anos, que detectaram causas das mais diversas: inovações tecnológicas, substituição de máquinas e equipamentos obsoletos por máquinas modernas, automação, crises econômicas etc.

Nos idos de 1973, o saudoso Professor Dr. Orlando Gomes⁶ já se detinha sobre a matéria, conceituando a dispensa coletiva como a *rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados*. Segundo o insigne mestre, a dispensa coletiva podia ter como causa a força maior ou a reorganização da empresa por mudanças tecnológicas; em se tratando de reorganização da empresa que implicasse diminuição de seus efetivos, deveria ser submetida a controle da autoridade administrativa; a interessada teria de comunicar, com certa antecedência, o seu projeto de reorganização, informando o número de empregados, com as respectivas qualificações, quais sobrariam e a data provável da dispensa coletiva. (ob. Cit. Pg. 577). Lembra que na França têm-se introduzido em Convenções Coletivas de Trabalho cláusulas que estimulam a proibição de dispensa antes de esgotadas outras possibilidades para evitar a dispensa coletiva, como, por exemplo, a redução do horário de trabalho. (ob. cit., pg. 577).

Finalmente, Orlando Gomes entendia, já nos idos da década de 1970, que os efeitos da dispensa coletiva não devem ser os mesmos da individual, sem justa causa ou por força maior. Assevera que tem cabimento a dilação do aviso prévio normal, variável em função da antiguidade do trabalhador na empresa.

A diferença entre dispensa individual e coletiva foi ressaltada pelo renomado Doutor e Professor da PUC-SP, **Renato Rua de Almeida**⁷, que, examinando as *características gerais do regime da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo*, de passagem faz distinção da despedida individual e coletiva:

A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa.

Já a despedida coletiva é arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural.

Destacando que, se a despedida individual implica em controle *a priori*, a demissão coletiva submete-se a um controle *a posteriori*, conforme as diretrizes gerais da Convenção 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho.

Acrescentando, o referido autor afirma:

⁶ In Revista LTr – janeiro de 1974 - nº 38 – 575/579.

⁷ Revista LTr 71-03/336, p. 336-345, março de 2007. *O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa.*

Tais diretrizes gerais da despedida individual, bem como os procedimentos da despedida coletiva, fazem com que o Direito do Trabalho contemporâneo esteja consentâneo com o fenômeno da procedimentalização que informa o direito como um todo, com a chegada da “sociedade da informação e da comunicação”, conforme afirma Alain Supiot (6), em obra recente, isto é, um direito construído dentro da teoria da comunicação, segundo lição de Jürgen Habermas (7), vale dizer, um direito operacionalizado por normas reguladoras das relações privadas, onde as decisões são mais negociadas e tomadas entre particulares, do que um direito imposto por normas heterônomas e imperativas, cujas decisões são mais hierarquizadas e unilaterais.

O Doutor e Professor aposentado da USP, Amauri Mascaro Nascimento⁸, ensina que *Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza do ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que prevê a Convenção 158 da OIT – Organização Internacional do Trabalho que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação - como os mais antigos etc. – seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do trabalho por um prazo, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta.*

Aduz que Convenção 158 da OIT declara que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

No Brasil, a Convenção 158 da OIT, a que se referem os dois renomados professores, foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 68 de 17.09.92, cuja publicação no diário oficial só se deu em 11.04.96, mas, infelizmente, teve vida curta porque foi denunciada em 20.11.96. Assim, vigorou no Brasil por apenas oito meses. Embora o ato de denúncia seja objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, equivale dizer, o ato denunciante esteja *sub judice*, encontra-se formalmente banida do ordenamento jurídico, tanto que o STF arquivou, por perda do objeto, a ADI movida pela Confederação Nacional dos Transportes que visava a declaração de sua inconstitucionalidade.

Os argumentos utilizados para a denúncia são de que a Convenção 158 contemplava uma exagerada proteção ao empregado nas demissões individuais e coletivas para um país de economia frágil como a nossa, além de criar entrave para o desenvolvimento econômico e acarretar o aumento do chamado *custo Brasil*, com elevação ainda maior do custo de produção, diminuindo a competitividade dos nossos produtos no mercado de um mundo globalizado.

Entretanto, conquanto o governo refutasse a sua permanência no Brasil, antes de 1995 a Convenção 158 da OIT já havia sido ratificada na Suécia, Iugoslávia, Espanha, Venezuela, Nigéria, Chipre, Malavi, Zaire, Camarões, Gabão, Iêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia-Herzegovina, Brasil,

⁸ Revista LTr. 73-01/9-73-01/25, janeiro de 2009, *Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos*.

Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia.

Curiosamente, não há notícia de que nenhum daqueles países tenha denunciado a Convenção, como fez o Brasil. E mais, basta uma vista d'olhos para se detectar com facilidade que a maioria dos países signatários da convenção possui economia muito menos desenvolvida que o Brasil.

Continuando o exame do direito comparado, verifica-se que a **União Européia** segue as diretrizes uniformes fixadas para todos os seus membros, de observância obrigatória, independentemente do direito interno. As dispensas coletivas estão disciplinadas nas Diretivas 75/128/ CEE de 17.02.1975, e 92/56 CCE9 de 24.06.92, sendo que todas harmonizam-se com as regras da Convenção 158 da OIT.

Destaque-se que a **União Européia** desenvolveu uma política de reforço à proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas. Nas diretivas mencionadas estabelece-se um procedimento prévio de consultas às representações dos trabalhadores, com finalidade de celebrar acordo e evitar ou atenuar as conseqüências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente de ajuda para a reciclagem dos trabalhadores atingidos. Há um procedimento de dispensa coletiva, com prazo de trinta dias, e notificação da autoridade competente.

Com efeito, na Directiva 98/59 do CONSELHO, de 20.06.98, na exposição de motivos, item 2, está claro que:

Considerando que se deve reforçar a protecção dos trabalhadores em caso de despedimento colectivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento económico e social equilibrado na Comunidade.

Na **Espanha**, o Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março, aprovou o novo texto da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*:

2. El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme el procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.

Em **Portugal**, a Lei nº. 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou a revisão do Código do Trabalho, assim dispôs:

DIVISÃO II

Despedimento colectivo

Artigo 359.º

Noção de despedimento colectivo

1 — Considera -se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

(...)

Comunicações em caso de despedimento colectivo

1 — O empregador que pretenda proceder a um despedimento colectivo comunica essa intenção, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger.

No **México**, a *Ley Federal del Trabajo*, de 1º.04.1970 (cf. texto vigente, cuja última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006), *assim dispôs*:

Artículo 433.- La terminación de las relaciones de trabajo como consecuencia del cierre de las empresas o establecimientos o de la reducción definitiva de sus trabajos, se sujetará a las disposiciones de los artículos siguientes. (...)

Artículo 435.- En los casos señalados en el artículo anterior, se observarán las normas siguientes:

I. Si se trata de las fracciones I y V, se dará aviso de la terminación a la Junta de Conciliación y Arbitraje, para que ésta, previo el procedimiento consignado en el artículo 782 y siguientes, la apruebe o desapruebe;

II. Si se trata de la fracción III, el patrón, previamente a la terminación, deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 782 y siguientes; y

III. Si se trata de la fracción II, el patrón, previamente a la terminación, deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones para conflictos colectivos de naturaleza económica.

Artículo 436.- En los casos de terminación de los trabajos señalados en el artículo 434, salvo el de la fracción IV, los trabajadores tendrán derecho a una indemnización de tres meses de salario, y a recibir la prima de antigüedad a que se refiere el artículo 162.

No âmbito do Mercosul, encontramos a Lei Argentina nº 24.013, promulgada em 05/12/91, que dispõe, entre outros temas, acerca do procedimento preventivo de crises de empresas, estabelecendo critérios para despedidas coletivas, iniciando-se pela comunicação prévia aos demitidos, ou àqueles que tenham contratos suspensos por força maior, causas econômicas ou tecnológicas que afetem um número elevado de trabalhadores, seguindo-se um procedimento de negociação perante o Ministério do Trabalho e com a participação sindical:

Capítulo 6

Procedimineto preventivo de crisis de empresas

ARTICULO 98. - Con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del quince por ciento (15 %) de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos (400) trabajadores; a más del diez por ciento (10 %) en empresas de entre cuatrocientos (400) y mil (1000) trabajadores; y a más del cinco por ciento (5 %) en empresas de más de mil (1000) trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo.

ARTICULO 99. - El procedimiento de crisis se tramitará ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a instancia del empleador o de la asociación sindical de los trabajadores. En su presentación, el peticionante fundamentará su

solicitud, ofreciendo todos los elementos probatorios que considere pertinentes.

ARTICULO 100. - Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de efectuada la presentación, el Ministerio dará traslado a la otra parte, y citará al empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia, dentro de los cinco (5) días.

ARTICULO 101. - En caso de no existir acuerdo en la audiencia prevista en el artículo anterior, se abrirá un período de negociación entre el empleador y la asociación sindical, el que tendrá una duración máxima de diez (10) días.

ARTICULO 102. - El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de parte podrá: a) Recabar informes aclaratorios o ampliatorios acerca de los fundamentos de la petición; b) Realizar investigaciones, pedir dictámenes y asesoramiento, y cualquier otra medida para mejor proveer. ARTICULO 103. - Si las partes, dentro de los plazos previstos en este capítulo, arribaren a un acuerdo, lo elevarán al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien dentro del plazo de diez (10) días podrá: a) Homologar el acuerdo con la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo; b) Rechazar el acuerdo mediante resolución fundada. Vencido el plazo sin pronunciamiento administrativo, el acuerdo se tendrá por homologado.

ARTICULO 104. - A partir de la notificación, y hasta la conclusión del procedimiento de crisis, el empleador no podrá ejecutar las medidas objeto del procedimiento, ni los trabajadores ejercer la huelga u otras medidas de acción sindical. La violación de esta norma por parte del empleador determinará que los trabajadores afectados mantengan su relación de trabajo y deba pagárseles los salarios caídos. Si los trabajadores ejercieren la huelga u otras medidas de acción sindical, se aplicará lo previsto en la ley 14.786.

ARTICULO 105. - Vencidos los plazos previstos en este capítulo sin acuerdo de partes se dará por concluido el procedimiento de crisis. Capítulo 7 Programas de emergencia ocupacional.

Este é o contexto do direito comparado.

II.3 - DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO NA DEMISSÃO COLETIVA NO BRASIL

O direito do trabalho no Brasil só cogita de proteção contra a demissão individual do empregado, quando sem justa causa, como preconiza o artigo 7º, I, da Constituição Federal de 1988. É o que afirma o Professor Amari Mascaro Nascimento: *nosso direito voltou-se para as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica e expansiva das relações de trabalho.*

No entanto, é uma proteção que se resumiu à elevação da multa sobre o saldo do FGTS de 10 para 40%, conforme a letra b, inciso I, do art. 10 do ADCT da CF/88. Assim, à exceção das hipóteses de estabilidade provisória, a isto restringe a proteção do trabalhador individualmente despedido.

Por outro lado, não há no ordenamento jurídico regramento nenhum acerca da despedida em massa ou coletiva, seja relacionada a uma causa objetiva, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, ou a uma crise econômica internacional, como a que se vive atualmente, o que acaba por fazer a situação merecer o mesmo tratamento jurídico da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem

justa causa, isto é, a situação recebe tratamento como se fosse uma soma de despedidas individuais sem justa causa.

Em todo caso, a falta de regramento da matéria tem sido contornada com a introdução de cláusulas em acordos e convenções coletivas de trabalho que estabelecem os mais variados critérios para a demissão coletiva. Estes critérios normativos inspiram-se geralmente nos costumes, como é o caso dos PDV's, ou nas diretrizes da própria Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Encontram-se na doutrina inúmeras sugestões de alternativas para a proteção do trabalhador na demissão coletiva, como a suspensão dos contratos, com ou sem pagamento de salários; as férias coletivas; a redução de jornada e de salários.

A nossa lei, no art. 476-A da CLT, preconiza a possibilidade de suspensão do contrato por cinco meses, com possibilidade de prorrogação, para a participação do empregado em programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador.

Entretanto, tudo depende de previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho que, inclusive, estabelecerá que, durante a suspensão o empregado receberá ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial.

A norma em questão não tem o propósito de proteger o empregado no caso de “dispensa coletiva”, mas a suspensão temporária do contrato poderia ser utilizada, à semelhança das férias coletivas, para evitar a demissão coletiva de plano.

Cumprе acrescentar que a alternativa preconizada no art. 476-A foi objeto de proposta conciliatória do Exmo. Sr. Desembargador Presidente, mas rejeitada pelas partes.

Assim, rejeitada a proposta de suspensão do contrato, não havendo previsão normativa da categoria que estabeleça critérios para a demissão coletiva, constata-se uma inarredável lacuna no ordenamento jurídico em relação à matéria, a menos que se admita a eficácia da Convenção 158 da OIT.

No entanto, não é dado ao juiz recusar-se de decidir ante a omissão ou de lacuna na lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma geral de direito que orienta a aplicação de todo o ordenamento jurídico privado.

Além disso, o direito do trabalho tem norma específica no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que preconiza expressamente:

*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.** (destaquei)*

Resta a este E. Tribunal socorrer-se dos princípios gerais de direito, especialmente de direito do trabalho e de direito comparado, ancorado neste preceito legal. Não se trata, porém, de aplicação dos princípios jurídicos em caráter secundário ou de forma hierarquicamente inferior dentro do ordenamento jurídico, mas com a eficácia de normatividade, equivalente à das normas escritas.

II.4 - DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Graças em grande parte aos estudos de Robert Alexy⁹ e do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin¹⁰, sucessor de Herbert Hart na cátedra de jurisprudência da Universidade Oxford, a dissociação entre normas princípios e regras foi superada.

Com efeito, *a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema, conforme ressalta Luiz Roberto Barroso, em Interpretação Constitucional Aplicada da Constituição, Saraiva, 1998, página 141.*

Nesta linha de raciocínio, qual seja, da dissociação de normas, princípios e regras, é oportuno destacar a afirmação de Norberto Bobbio¹¹: *Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema (...). Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras e esta é também a tese sustentada por Crisafulli.*

Com o evoluir da Teoria Geral do Direito, mormente em face da inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se *uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Assim, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, tornando a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições. E mais: a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico de nosso tempo.*¹²

O prof. Paulo Bonavides¹³ sintetiza, com a maestria que lhe é peculiar, a evolução da teoria da força normativa dos princípios e a sua prevalência no pós-positivismo jurídico:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

⁹ *Teoria de los derechos fundamentales*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹⁰ *Levando o direito a sério*- Tradução de Nelson Boein, Martins Fontes - 2002.

¹¹ *Teoria do ordenamento jurídico*, 7ª ed, 1996, UnB, p. 191.

¹² Paulo Bonavides, *Direito Constitucional* - 1998, p. 18.

¹³ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 265

A partir da idéia da normatização dos princípios que protegem os valores magnos da sociedade moderna, não é exagero sustentar que os princípios juntamente com as regras e a argumentação jurídica fazem parte do gênero *norma*. Os princípios devem ser encarados hierarquicamente como norma jurídica, garantindo-lhes, pelo menos, o mesmo grau de importância das regras legais nesta nova hermenêutica constitucional.

Não se desconhece que haja quem sustente que, diante das formulações de valores que embasam a normatividade dos princípios, a estes deve ser conferida prevalência e preferência em detrimento das regras do sistema jurídico, situando-os no ponto mais alto do sistema.

Diante da normatividade dos princípios e da sua real importância, influenciam efetivamente o estudo da ciência jurídica, pois o princípio, na resolução de qualquer caso concreto, desce das altas esferas do sistema jurídico para ser aplicado e solucionar o problema debatido na sua concretude.

Revela-se, portanto, perigoso afirmar que, em razão do disposto nos artigos 4º da Lei de Introdução do Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, os princípios ficam situados num plano secundário ou hierarquicamente inferior dentro do sistema jurídico, alegando ser lícita a sua aplicação somente nos casos de lacuna na lei.

Ocorre que as regras legalmente constituídas pelo Estado foram inseridas no sistema jurídico posteriormente aos princípios, uma vez que destes originaram-se. Claro, as regras postas estão assentadas nos princípios. **Caso uma determinada regra seja suprimida do ordenamento jurídico, restará sob ela o princípio que embasou a sua criação.**

Assim, é possível concluir com Cinthia Maria Fonseca Espada¹⁴ que no pós-positivismo jurídico, os princípios adquiriram a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes, válidas e eficazes. Os princípios são estruturalmente iguais aos valores. Introduce-se novamente a moral no Direito e a idéia de justiça volta a estar presente na interpretação jurídica. Neste contexto, a realização dos direitos fundamentais passa a ser o centro das preocupações dos juristas.

Acerca dos valores que são substrato de idéias que se cristalizam em princípios jurídicos, ensina José Afonso da Silva¹⁵:

Valor, em sentido normativo, é tudo aquilo que orienta (indica diretriz) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atrai, consciente ou inconscientemente, o ser humano. O valor comporta sempre um julgamento, e, pois, uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes. Isso porque a cada valor corresponde um desvalor. Nesse sentido, a democracia é um valor político; a ditadura, um desvalor. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) são, assim, os elementos que lhe dão o rumo do bem-estar social.

Por outro lado, esta visão pós-positivista da hermenêutica do direito, levou-me a sustentar na minha dissertação de conclusão do curso de mestrado¹⁶ que na atual

¹⁴ *Dignidade Humana da Pessoa Trabalhadora: A Tutela dos Direitos Fundamentais no Marco do Direito do Trabalho* - 2007: Ameruso Artes Gráficas Ltda-ME.

¹⁵ *In Comentário contextual à Constituição Federal de 1988* - 2005, São Paulo: Malheiros, p. 35.

¹⁶ *Princípio da inafastabilidade da jurisdição e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, 2008- LTr, p. 153.

perspectiva do direito não subsistem os postulados da hermenêutica tradicional que reduziam a eficácia das normas constitucionais como meramente programáticas. A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia – ética, moral e direito - em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Assim, o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requerem uma nova postura da atividade jurisdicional que, neste raciocínio, nos permite concluir que é possível ao Tribunal reconhecer que é mais amplo o espectro constitucional de proteção ao trabalhador em caso de dispensa coletiva.

Esta conclusão é sustentável com base nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da República do Brasil, definidos entre os *Princípios Fundamentais*, o da *dignidade da pessoa humana*; os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (no art. 1º, III e IV); a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*; a *garantia do desenvolvimento econômico*; a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais*; a *promover do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); a *independência nacional e a prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, I e II).

Estes fundamentos do Estado de Direito Democrático desdobram-se e/ou estão definidos, de forma particular, no Título VII - *Da Ordem Econômica* - e criam mecanismos de proteção e garantia do sistema capitalista, definem política de contenção de abusos do poder econômico (art. 170 a 192); e na definição *Da Ordem Social* instituem mecanismos de desenvolvimento social, proclamam a necessidade de redução da desigualdade social e da pobreza, através de ações que garantam ao cidadão: acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação, assistência social, proteção ao meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente, idoso etc. (arts. 6º, 7º e 193 a 232).

Neste espectro de princípios basilares explícitos na Constituição da República encontram-se os fundamentos para sustentar que as demissões coletivas de trabalhadores por empresas, quer sejam por inovações tecnológicas, automações, crises econômicas etc., quer por supressão de estabelecimentos, por seus impactos econômicos e sociais, não são imunes a uma rede de proteção dos trabalhadores atingidos. Esta proteção deve ter outros parâmetros que não aqueles que o Direito do Trabalho expressamente concede aos trabalhadores que sofrem demissões individuais.

Os pressupostos do regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego na despedida individual são insuficientes para fazer frente à gravidade do fenômeno da dispensa coletiva.

Por esta razão, como visto acima, os ordenamentos jurídicos alienígenas, inspirados na Convenção nº. 158 da OIT, regulamentaram a demissão coletiva de forma minuciosa, partindo de diretrizes que exigem desde pedidos, autorizações ou comunicações prévias às autoridades competentes, negociações coletivas que previamente estabeleçam critérios de demissão e, finalmente, se não for possível evitar as demissões coletivas, determinam que se proceda com alternativas de proteção aos trabalhadores de modo a causar o menor impacto possível para as suas famílias e, por consequência, para a coletividade.

Em não havendo como evitar as demissões coletivas, a solução **na Espanha** e **no México** é a fixação de indenização compensatória; **na Itália**, por meio da Lei nº. 223/91, e **na França**, pela Lei do Trabalho de 1995, fixaram-se planos de demissão escalonada por critérios neles estabelecidos. A directivas da União Européia igualmente

prevêem indenizações.

De sorte que é possível concluir pelo exame da legislação comparada, especialmente da União Européia e da Convenção nº. 158 da OIT, que as demissões coletivas não podem ser aceitas, a não ser quando obedecidos todos os rituais próprios e específicos, incluindo sempre negociações coletivas que busquem alternativas que suavizem seus efeitos, como é o caso das indenizações.

Relativamente à eficácia da Convenção nº. 158 da OIT no Brasil, cumpre ressaltar a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, em que se considera o crescimento econômico essencial, mas não suficiente para assegurar a equidade, a erradicação da pobreza e a manutenção de empregos, para declarar que todos os membros, *ainda que não tenham ratificado as convenções tenham compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções.*

No caso em exame, é de se entender e acatar as justificativas alegadas pela suscitada de que uma crise econômica mundial afetou brusca e profundamente o mercado e a produção de aeronaves, com o cancelamento de encomendas e a falta de perspectiva de uma retomada para breve dos níveis de produção, como vinha ocorrendo até o último semestre do ano passado, mormente considerando que sua atividade empresarial é totalmente dependente de um mercado internacional que se encontra em profunda retração e sem sinais de recuperação para os próximos meses, ou talvez anos.

Este quadro desaguou inevitavelmente na demissão de 4.200 trabalhadores, a ponto de torná-las irreversíveis.

Embora a contundência destes fatos configure-se inarredável e torne a situação irreversível, na medida em que o número de postos de trabalho ofertados pelas empresas estão sempre atrelados ao seu potencial produtivo, que dependem, por outro lado, do desenvolvimento da estabilidade da economia de cada país e, no caso, como em muitas outras atividades empresariais, dependente também da estabilidade do mundo globalizado, por isso, oscilações econômicas locais e no mundo são sempre fatores inevitáveis de maior emprego ou desemprego, o condenável foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem que se tenha buscado formas efetivas de suavização dos seus efeitos, como medidas alternativas, e o que é pior, como já ressaltado acima, *não houve anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade.*

É inviável, porém, sustentar a vedação absoluta das dispensas nestas circunstâncias. A imposição de reintegração, em face do ordenamento jurídico vigente, ou do direito comparado, em que as normas limitam-se a traçar procedimentos prévios, desaguam sempre em indenização que amenize os efeitos do ato patronal.

Dir-se-á que não é verdade que a suscitada não estava disposta a negociar, tanto que compareceu perante esta Corte e inicialmente ofereceu uma proposta de indenização de R\$ 1.600,00 a cada um dos demitidos, que evoluiu, nesta proposta, para um teto equivalente a dois salários de R\$ 3.500,00, além da manutenção por um ano dos planos de assistência médica dos trabalhadores e suas famílias.

Não é exagero dizer que a liminar de suspensão dos efeitos das demissões, oportunamente concedida pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região forçou a empresa a comparecer a esta Corte para negociar. Tanto que num primeiro

momento foi radicalmente intransigente, nada oferecendo. A negociação só evoluiu porque não se encerraram as tratativas na primeira audiência. Segundo, é natural que os sindicatos profissionais que sempre se caracterizaram por radicalismos exacerbados tenham sentido-se mais fortalecidos e também radicalizado.

Não obstante todas estas circunstâncias, a liminar teve a sua função de trazer as partes à mesa de negociação, da qual emergiram propostas que constam do termo de audiência e balizam os parâmetros para uma composição judicial do conflito.

Por ser óbvio, num ambiente de negociação direta com mais tempo de reflexão e consulta às respectivas partes representadas no conflito, poder-se-ia evoluir para proposições de maior alcance e, possivelmente, chegar a um consenso.

Dir-se-á que a reclamada tem o poder potestativo de demitir. Este poder insere-se no âmbito das dispensas individuais, para as quais, como visto acima, há uma proteção legal específica.

Assim, vislumbro que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional caracteriza o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre iniciativa e à cidadania.

No domínio econômico, a liberdade de iniciativa deve ser contingenciada por interesses do desenvolvimento nacional e de justiça social, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão nos autos do Mandado de Segurança n. 3351-4-DF, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, na 1ª Secção, publicado no D.J. de 10.08.94, *in verbis*:

No domínio do desenvolvimento econômico – conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas – a liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento econômico nacional da justiça social e se realiza visando à harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera da economia para suprimir ou controlar o abuso de poder econômico.

Assim, sob pena de configurar abuso do poder econômico, não se pode reconhecer discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas, sem que haja uma ampla negociação com os entes sindicais respectivos.

O direito reprime o abuso de direito com a imposição de sanções com vistas à reparação dos efeitos maléficos do ato.

Neste contexto, havendo pedido dos suscitantes de que se declare a nulidade da dispensa coletiva, reputo-a abusiva por falta de boa fé objetiva, nos termos do art. 422 do Código Civil, por ausência de negociação prévia, espontânea e direta entre as partes, que revela falta de lealdade da conduta, na medida em que houve tentativa de conciliação tão-somente com mediação judicial e, assim mesmo, por força de uma liminar de suspensão dos efeitos das demissões.

O decreto de abusividade tem por fundamento os princípios gerais e os princípios fundamentais consagrados na Constituição da República, como *a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (no art. 1º, III e IV); *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); *a*

independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4ª, I e II).

Admite-se como princípios gerais de direito do trabalho os da proteção do empregado nas dispensas coletivas, bem como aqueles existentes no direito comparado, com as Directivas da União Européia, das Leis de Trabalho da Espanha e do México, além das diretrizes da Convenção 158 da OIT, na lição de Amauri Mascado Nascimento¹⁷.

Não se desconhece que, acerca da Convenção nº. 158 da OIT, o ato de denúncia encontra-se *sub judice*. E que Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 de 04.07.97, movida pela Confederação Nacional dos Transportes, teve deferida em parte a liminar ao fundamento de que a convenção não é sucedâneo de lei complementar exigida pelo art. 7º da CF/88. Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu o conteúdo programático da Convenção nº. 158, o que não impede que seus comandos sejam interpretados como princípios gerais de direito do trabalho, conforme a doutrina da normatividade dos princípios jurídicos, acima examinada.

Por tais fundamentos e, ainda, com fulcro no art. 422 do Código Civil de 2002, declaro:

- a) a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva, sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada;
- b) a inexistência de garantia de emprego ou de estabilidade que justifique a reintegração, ressalvados os casos de estabilidade provisória previstos em lei ou em normas coletivas, que poderão ser objeto dissídios individuais;
- c) o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais;
- d) a eficácia da liminar concedida até o dia 13.03.2009, para manter vigente até esta data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos;
- e) a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses a contar de 13.03.2009;
- f) nos casos de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis, mantida durante dois anos.

O pagamento da reparação não substitui o direito dos trabalhadores demitidos ao recebimento das verbas rescisórias típicas das dispensas individuais e sem justa causa, calculadas conforme a legislação trabalhista em vigor e com as vantagens dos

¹⁷Revista LTr. 73-01/9-73-01/25, janeiro de 2009, *Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos*.

instrumentos normativos que lhes forem aplicáveis, além de outras vantagens que as suscitadas concederam ou venham a conceder unilateralmente.

Em consequência, declaro a perda da eficácia da liminar concedida e não defiro o pagamento de salários do período em que a liminar teve eficácia.

POR TAIS FUNDAMENTOS, conheço do presente dissídio coletivo de natureza jurídica, acolho a intervenção do SINDIAEROESPACIAL como assistente litisconsocial, rejeito o pedido de *amicus curiae* da ABRAC e as demais preliminares suscitadas na defesa para, no mérito, declarar:

- a) a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada;
- b) a inexistência de garantia de emprego ou de estabilidade que justifique a reintegração, ressalvados os casos de estabilidade provisória previstos em lei ou em normas coletivas, que poderão ser objeto dissídios individuais;
- c) o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais;
- d) a eficácia da liminar concedida até o dia 13.03.2009, para manter vigente até esta data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos;
- e) a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses a contar de 13.03.2009;
- f) nos casos de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis, mantida durante dois anos.

Custas pelas suscitadas, no importe de R\$ 200,00, calculadas sobre o valor dado à causa de R\$ 10.000,00.

DESEMBARGADOR JOSÉ ANTONIO PANCOTTI
RELATOR

ANEXO II

ACÓRDÃO

(Ac. SETPOEDC)

GMMGD/mmd/pr/mas

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores". **DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS.** A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de

trabalhadores", observados os fundamentos supra. **Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº **TST-RODC-309/2009-000-15-00.4**, em que são Recorrentes **EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S.A. - EMBRAER E OUTRA, SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO E OUTROS** e **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CONSTRUÇÃO DE AERONAVES, EQUIPAMENTOS GERAIS AEROESPACIAL, AEROPEÇAS, MONTAGEM E REPARAÇÃO DE AERONAVES E INSTRUMENTOS AEROESPACIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDIAEROESPACIAL** e Recorridos **OS MESMOS**.

Trata-se de dissídio coletivo de natureza jurídica com pedido de liminar ajuizado pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros em face da Empresa Brasileira de Aeronáutica - EMBRAER S.A e outra.

Os suscitantes requereram a concessão de medida liminar, para que fosse determinada a suspensão cautelar das rescisões contratuais e, ao fim do processo, a declaração de nulidade das dispensas coletivas efetivadas sem observância da necessária negociação prévia com os sindicatos.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região concedeu a liminar, determinando a suspensão das rescisões contratuais operadas pela suscitada desde o dia 19/02/2009, sem justa causa ou sob o fundamento de dificuldades financeiras decorrentes da crise econômica global, assim como as que vierem a ocorrer sob igual forma ou justificativa, até a data da audiência de conciliação, então designada para o dia 05/03/2009 (fls. 195/202).

O Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo - SINDIAEROESPACIAL requereu o ingresso na lide na qualidade de litisconsorte necessário ou assistente (fls. 206/208). Foi deferida sua intervenção na condição de assistente, para participar da audiência de conciliação (fls. 343/345).

Na audiência realizada no dia 05/03/2009, foram juntados documentos, proposta uma reunião informal no dia 09/03/2009 e designada audiência de conciliação em prosseguimento para o dia 13/03/09 (fls. 346/348).

Na audiência seguinte (fls. 663/688) foram apresentadas as seguintes propostas conciliatórias pelo Tribunal Regional: suspensão do contrato de trabalho dos empregados que foram dispensados coletivamente pela suscitada a partir de 13/03/2009, pelo prazo de 12 meses, para qualificação profissional, nos termos do art. 476-A da CLT; sucessivamente, caso prevalecesse a rescisão dos contratos de trabalho, a implementação de indenização adicional consubstanciada na majoração progressiva do aviso prévio indenizado, no valor correspondente a um mês de aviso prévio legal por ano de serviço prestado às suscitadas, limitados a quinze vezes esse valor, além da manutenção integral das cláusulas sociais previstas na convenção coletiva das categorias por 12 meses, garantia de recontração preferencial dos empregados dispensados pelo prazo de 2 anos, manutenção do plano médico familiar pelo período de 12 meses e garantia de estabilidade no emprego para os trabalhadores não dispensados pelo prazo de 120 dias. A empresa suscitada, por sua vez, apresentou contraproposta nos seguintes termos: manutenção por 12 meses do plano médico gratuito para todos os dispensados e seus dependentes; no caso de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis mantidas durante 2 anos; compensação econômica de 2 salários, limitados a R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) cada um, com teto máximo de R\$7.000,00 (sete mil reais) a título de indenização. Não houve conciliação. Por conseguinte, o processo foi a julgamento.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região conheceu do dissídio coletivo, acolheu a intervenção do SINDIAEROESPACIAL como assistente litisconsorcial, rejeitou o pedido de *amicus curiae* da ABRAC e as demais preliminares da defesa. No mérito, declarou a abusividade da dispensa coletiva, entendeu inexistir garantia de emprego ou estabilidade que justificasse a

reintegração (ressalvados os casos previstos em lei e em normas coletivas), e concedeu a cada empregado dispensado uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais. Além disso, declarou a eficácia da liminar concedida até o dia 13/03/2009, para manter vigentes até essa data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos e a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores dispensados e seus familiares por 12 meses a contar de 13/03/2009, concedendo direito de preferência aos empregados dispensados no caso de reativação dos postos de trabalho pela empresa (fls. 706/747).

Recurso ordinário das empresas suscitadas (fls. 760/799), dos suscitantes (fls. 815/822) e do sindicato assistente (fls. 825/833).

Foi proferida decisão pela Presidência desta Corte, concedendo efeito suspensivo ao recurso ordinário até final julgamento (fls. 839/843)

Contra-razões do sindicato assistente (fls. 845/852), dos suscitantes (fls. 855/869) e das suscitadas (fls. 870/895).

O Ministério Público do Trabalho opinou pela extinção do processo sem julgamento do mérito (fls. 901/903).

Foi realizada audiência de conciliação nesta Corte (fls. 910/912). Por este Relator foi apresentada a seguinte proposta: manutenção da decisão do TRT, alterando-se para 4 (quatro) vezes a quantia do aviso prévio indenizatório até o limite de R\$14.000,00 (quatorze mil reais). A empresa não concordou com a proposta, sendo que os Sindicatos profissionais, se houvesse tal concordância, levariam as propostas às respectivas assembleias de trabalhadores.

É o relatório.

V O T O

A - RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S.A. E OUTRA (fls. 760/799)

I - CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo e estão preenchidos os demais pressupostos genéricos de admissibilidade do apelo.

Conheço.

II - MÉRITO

1 - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA LIMINAR CONCEDIDA E INADEQUAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA PROPOSTA

As suscitadas renovam a preliminar argüida em contestação quanto à impossibilidade jurídica da liminar concedida e inadequação da ação coletiva proposta. Sobre o tema, assim se manifestou a Corte Regional, entre outros fundamentos:

"No tocante ao dissídio coletivo trabalhista, ensina o Professor e Ministro Ives Gandra Martins Filho que *A regra geral é, pois, que os dissídios coletivos constituam ações dispositivas, em que a solução do conflito coletivo se dá pela criação de novas regras e condições de trabalho, além daquelas já previstas legalmente.*

Com efeito, nos artigos 856 a 875 da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se todo o regramento pertinente aos dissídios ou ações coletivas que visam à criação de melhores condições de trabalho e salários, no âmbito das categorias envolvidas. São normas de procedimento, mas não comportam uma inteligência que se desvie deste propósito, ou seja, de solução de conflito de interesses ou econômico.

Não sem razão que o ilustre Professor e Ministro arremata que *a doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer a possibilidade do dissídio coletivo visando não à fixação de normas e condições de trabalho, mas à delimitação exata das já existentes, no sentido de interpretar as leis, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas incidentes sobre as relações de trabalho de uma dada categoria. Trata-se do denominado dissídio coletivo de natureza jurídica, que se contrapõe ao dissídio coletivo de natureza econômica.*

Louvando-me deste sábio ensinamento doutrinário, ousar dizer que os dissídios coletivos jurídicos não têm um regramento procedimental específico no ordenamento jurídico, nem mesmo

normas que estabeleçam condições de admissibilidade da ação ou pressupostos processuais específicos para a sua instauração. Os requisitos ou pressupostos para a instauração válida e regular do processo de dissídio de natureza jurídica são aqueles de caráter geral dos dissídios coletivos de natureza econômica. Estes, sim, previstos em lei.

A construção doutrinária e jurisprudencial, entretanto, ao criá-lo, avançou e instituiu requisitos não previstos em lei para a admissibilidade desta ação e para a instauração do processo.

É neste contexto que interpreto e aplico a Orientação Jurisprudencial nº 07 da SDC e o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, com todo o respeito que tenho por aquela Colenda Corte.

O caráter marcadamente publicista do processo de dissídio coletivo de natureza jurídica ou econômica, dada a relevância das matérias que trazem às portas do Poder Judiciário não pode ser visto nem receber igual tratamento que os procedimentos que tenham por objeto direitos individuais.

Fatos novos ou inusitados no mundo capitalista estão hoje trazendo às barras dos tribunais do trabalho fenômenos delineados por efeitos maléficos da globalização econômica, em que as dificuldades econômico-financeiras de empresas de países distantes repercutem na economia nacional, afetando número infindável de empresas e milhares de trabalhadores, requerendo dos poderes públicos, entre eles o judiciário, uma pronta e efetiva resposta.

Estes fenômenos têm levado as empresas a tomar atitudes imprevistas, que surpreendem os trabalhadores e a sociedade, como as demissões coletivas de seus empregados.

Nesse contexto, *data venia* daqueles que entendem em sentido contrário, penso que não é razoável nem justo que este Eg. Tribunal possa escudar-se em formalidades procedimentais para frustrar pronunciamento sobre o fundo da questão.

Aduz a suscitada que não se admite nas ações declaratórias, como se classificam os dissídios coletivos, pretensão condenatória.

Ressalto, porém, que a petição inicial contém pretensão de que o Tribunal instaure negociação com as suscitadas, cumulado com pedido meramente declaratório, porque o pedido é expresso de *que seja, ao final, julgado procedente o dissídio coletivo de natureza jurídica para declarar nulas as demissões coletivas efetivadas sem observância da negociação prévia com os suscitantes*.

O dissídio coletivo é desenganadamente de natureza declaratória, no dizer do ministro Ives Gandra Martins Filho, acima transcrito, *no sentido de interpretar as leis, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas incidentes sobre as relações de trabalho de uma dada categoria*.

Não se pode desconsiderar, porém, que a suscitada compareceu à audiência de tentativa de conciliação e fez propostas de solução do conflito coletivo, o que não pode ser desprezado para a solução da questão tão intrincada.

De sorte que, não importando as palavras que empregue o suscitante, cabe ao Tribunal interpretá-las, conforme o objeto e a natureza da pretensão deduzida.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar."

Em sede de recurso ordinário, as suscitadas alegam que a suspensão e a anulação das rescisões são totalmente incompatíveis com o dissídio coletivo de natureza jurídica, que, no entender da categoria econômica, dá origem a sentença desprovida de execução compulsória.

Sem razão.

Efetivamente, o dissídio coletivo de natureza jurídica tem como finalidade específica interpretar e declarar o alcance das cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais atinentes à categoria profissional ou econômica e de atos normativos.

A hipótese dos autos, no entanto, é excepcionalíssima, não se enquadrando inteiramente na figura clássica do dissídio coletivo de natureza jurídica.

Contudo, a matéria central aqui enfocada é eminentemente jurídica, envolvendo a interpretação quanto a aspecto fundamental da ordem jurídica: se as dispensas massivas são, ou

não, regidas do mesmo modo normativo do que as dispensas meramente individuais e, não o sendo, quais as consequências jurídicas de sua regência normativa específica. Nesta medida, o presente dissídio é fundamental e preponderantemente jurídico, embora se reconheça sua natureza algo mista, quer dizer, é dissídio coletivo preponderantemente jurídico, mas também com dimensões econômicas.

Por outro lado, observa-se que não há regramento específico na ordem jurídica prevendo de que maneira o conflito aqui discutido deverá ser decidido. Trata-se de figura incomum, diferindo das demais hipóteses já previstas no ordenamento e devidamente regulamentadas por lei, pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesse sentido, torna-se inviável a aplicação, ao evento dos autos, de requisitos formais previstos para situações diversas, com o objetivo de impossibilitar o julgamento da causa.

No entanto, na ausência de normas específicas, não pode o julgador se furtar da obrigação de dirimir a ação, não importando a nomenclatura a ela conferida, devendo encontrar soluções adequadas que possibilitem a devida prestação jurisdicional.

A Justiça do Trabalho tem competência constitucional para dirimir os conflitos coletivos, não importando a denominação. Após a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, restou atribuída à Justiça do Trabalho a competência para julgar "as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores" (art. 114, III, da Carta Política), fixando ainda a competência dessa justiça especializada para, "recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente" (art. 114, §2º).

Além disso, a Constituição Federal prevê, em seu art. 8º, III, que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Dessarte, é inevitável a conclusão de que a apreciação da causa deve se dar pela Justiça do Trabalho, e através de dissídio coletivo genericamente considerado, já que este é o instrumento adequado para análise de questões envolvendo entes coletivos normativamente especificados.

Ademais, conforme destacado pela Corte Regional, trata-se de conflito social de máxima relevância, que não pode ser desprezado por mera formalidade processual. As repercussões do fato aqui julgados influenciam não apenas os diretamente interessados, mas a sociedade como um todo, devendo o Direito dar uma resposta concreta à questão trazida à análise.

Nego provimento.

2 - INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA CATEGORIA PARA AJUIZAMENTO DO DISSÍDIO COLETIVO

O Tribunal Regional assim se manifestou:

"Havendo previsão estatutária de que o sindicato autoriza sua diretoria a celebrar acordo e convenção coletiva de trabalho, bem como a suscitar dissídios coletivos, estará suprida a necessidade de assembléia para suscitar dissídio coletivo de natureza jurídica, o que não se aplica, obviamente, aos dissídios de natureza econômica.

Ademais, no caso em exame, o impacto da demissão de mais de 4.200 trabalhadores, sem prévia negociação, nem comunicação antecipada do fato ao sindicato de classe, torna-o de tal forma inusitado e surpreendente, que exigiu dos suscitantes a solicitação de medida urgentíssima para a defesa dos interesses dos integrantes da categoria.

Entretanto, para que não se entenda que o Tribunal esteja criando um precedente perigoso de inexistência de assembléia da categoria para a instauração de dissídio coletivo, fica esclarecido que se trata de um caso excepcional e extraordinário, que de forma alguma cria tal precedente.

Não é demais lembrar que a OJ nº 06 da SDC do C. TST foi cancelada. Aquela orientação jurisprudencial tinha a seguinte redação: *O dissídio coletivo de natureza jurídica não prescinde de*

autorização da categoria, reunida em assembléia para legitimar o sindicato próprio, nem da etapa negocial prévia para buscar solução de consenso.

Rejeito a preliminar argüida."

As empresas suscitadas alegam que é necessária a autorização expressa da categoria para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza jurídica, requerendo a extinção do feito por ausência de requisito formal.

Não merece prosperar.

Esta Corte já entendeu, em casos semelhantes, que o requisito da autorização da categoria, reunida em assembléia, nem sempre é necessário para legitimar o sindicato próprio para o ajuizamento de dissídio coletivo.

Foi o caso do ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica, considerada uma prerrogativa do sindicato, conforme o art. 8o, III, da Constituição Federal e o art. 513, "a", da CLT. Por esse fundamento, esta Subseção cancelou a OJ nº 6/SDC, que previa que tal espécie de dissídio coletivo não prescindia da autorização da categoria, reunida em assembléia, para legitimar o sindicato próprio, nem da etapa negocial prévia para buscar solução de consenso.

Seguindo essa linha de raciocínio, é necessário concluir que também no caso concreto não é necessária a legitimação imediata do sindicato através da assembléia geral, já que o ente coletivo obreiro já está legitimado constitucionalmente para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

Conforme exposto na preliminar anterior, é inviável a aplicação, ao evento dos autos, de requisitos formais previstos para situações diversas, com o objetivo de impossibilitar o julgamento da causa, como é o caso do pressuposto formal da legitimação da assembléia geral, exigida para os dissídios coletivos de natureza econômica.

Vale ainda destacar, conforme pontuado pela Corte Regional, que a situação é de total excepcionalidade. O fato que impactou a categoria - dispensa de aproximadamente 4.200 empregados - não deve ser entendido como normal, corriqueiro. O bom senso nos leva a inferir que seria inviável, naquele momento, a instauração de uma assembléia deliberativa da categoria.

Do exposto, **nego provimento**.

3 - ILEGITIMIDADE DE PARTE

As suscitadas renovam a preliminar de ilegitimidade dos suscitantes, rejeitada pela Corte Regional pelos seguintes fundamentos:

"Inicialmente, cai por terra toda a argumentação da suscitada quanto à ausência de representação pelos sindicatos dos metalúrgicos em municípios que não o de São José dos Campos, porque ao examinar a admissibilidade do SINDIAEROESPACIAL, como assistente litisconsorcial, houve esclarecimento acerca das questões pendentes, relativas à representatividade da categoria. Na admissão da intervenção do SINDIAEROESPACIAL foi suprida qualquer deficiência de representação dos trabalhadores daqueles municípios, porque se trata de sindicato que tem base territorial em todo o Estado de São Paulo (certidão do Ministério do Trabalho de fls. 210). Assim, representados pelo SINDIAEROESPACIAL ou pelo sindicato dos metalúrgicos, todos os trabalhadores dos municípios mencionados pela suscitada estão representados neste dissídio coletivo."

As recorrentes alegam que o Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu não tem a representação dos seus empregados em São Paulo, Botucatu, Gavião Peixoto e Taubaté, e que a Federação também não tem razão de estar no dissídio, diante da existência de sindicato local representativo. Ademais, alegam a existência de categorias diferenciadas na empresa, que não podem ser atingidas pela decisão no presente dissídio.

Sem razão.

Observa-se que os suscitantes são legítimos representantes da categoria, pois ambos os sindicatos representam parcelas de trabalhadores da empresa suscitada.

Quanto à questão das categorias diferenciadas, também não tem razão, já que o enquadramento sindical se dá pela atividade preponderante da categoria econômica representada. O

fato de existir, nos quadros da empresa, trabalhadores de categorias diferenciadas não afasta a legitimidade do suscitante para atuar na defesa de seus representados.

Nego provimento.

4 - LIMITAÇÕES AO PODER NORMATIVO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

As suscitadas alegam que as entidades sindicais deveriam ter cumprido os requisitos do art. 858 da CLT, apresentando as bases da conciliação. Aduzem que os Tribunais Trabalhistas não podem, em nome do Poder Normativo, invadir o espaço destinado ao Poder Legislativo.

Os argumentos não devem prosperar.

A princípio, observa-se que foram preenchidos os requisitos legais para ajuizamento do dissídio coletivo na hipótese.

Por óbvio, a questão da necessidade de prova das bases de conciliação não se aplica ao caso de dispensa coletiva pelo empregador, já que a empresa tomou tal decisão unilateralmente, sem prévia consulta ou notificação aos sindicatos profissionais, impossibilitando-os de tomar qualquer medida prévia conciliatória.

Quanto aos limites do Poder Normativo, também não possuem razão as recorrentes.

Conforme já afirmado na análise das demais preliminares, a hipótese dos autos é excepcionalíssima, e não se enquadra inteiramente na figura clássica do dissídio coletivo de natureza jurídica.

Além disso, de acordo com a fundamentação supra, a Justiça do Trabalho tem competência constitucional para dirimir os conflitos coletivos, de acordo com o previsto na Constituição Federal.

Pelo exposto, **nego provimento.**

5 - MÉRITO

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região declarou a abusividade da dispensa coletiva realizada pela empresa, assim fundamentando:

"II.2 - DA DEMISSÃO COLETIVA E DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO

O fenômeno da "dispensa coletiva" vem preocupando juristas e estudiosos há muitos anos, que detectaram causas das mais diversas: inovações tecnológicas, substituição de máquinas e equipamentos obsoletos por máquinas modernas, automação, crises econômicas etc.

Nos idos de 1973, o saudoso Professor Dr. Orlando Gomes já se detinha sobre a matéria, conceituando a dispensa coletiva como a *rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados*. Segundo o insigne mestre, a dispensa coletiva podia ter como causa a força maior ou a reorganização da empresa por mudanças tecnológicas; em se tratando de reorganização da empresa que implicasse diminuição de seus efetivos, deveria ser submetida a controle da autoridade administrativa; a interessada teria de comunicar, com certa antecedência, o seu projeto de reorganização, informando o número de empregados, com as respectivas qualificações, quais sobrariam e a data provável da dispensa coletiva. (ob. Cit. Pg. 577). Lembra que na França têm-se introduzido em Convenções Coletivas de Trabalho cláusulas que estimulam a proibição de dispensa antes de esgotadas outras possibilidades para evitar a dispensa coletiva, como, por exemplo, a redução do horário de trabalho. (ob. cit., pg. 577).

Finalmente, Orlando Gomes entendia, já nos idos da década de 1970, que os efeitos da dispensa coletiva não devem ser os mesmos da individual, sem justa causa ou por força maior. Assevera que tem cabimento a dilação do aviso prévio normal, variável em função da antiguidade do trabalhador na empresa.

A diferença entre dispensa individual e coletiva foi ressaltada pelo renomado Doutor e Professor da PUC-SP, **Renato Rua de Almeida**, que, examinando as *características gerais do regime da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo*, de passagem faz distinção da despedida individual e coletiva:

A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa. Já a despedida coletiva é arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural.

Destacando que, se a despedida individual implica em controle *a priori*, a demissão coletiva submete-se a um controle *a posteriori*, conforme as diretrizes gerais da Convenção 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho.

Acrescentando, o referido autor afirma: *Tais diretrizes gerais da despedida individual, bem como os procedimentos da despedida coletiva, fazem com que o Direito do Trabalho contemporâneo esteja consentâneo com o fenômeno da procedimentalização que informa o direito como um todo, com a chegada da "sociedade da informação e da comunicação", conforme afirma Alain Supiot (6), em obra recente, isto é, um direito construído dentro da teoria da comunicação, segundo lição de Jürgen Habermas (7), vale dizer, um direito operacionalizado por normas reguladoras das relações privadas, onde as decisões são mais negociadas e tomadas entre particulares, do que um direito imposto por normas heterônomas e imperativas, cujas decisões são mais hierarquizadas e unilaterais.*

O Doutor e Professor aposentado da USP, Amauri Mascaro Nascimento, ensina que *Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza do ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que prevê a Convenção 158 da OIT - Organização Internacional do Trabalho que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação - como os mais antigos etc. - seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do trabalho por um prazo, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta.*

Aduz que Convenção 158 da OIT declara que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

No Brasil, a Convenção 158 da OIT, a que se referem os dois renomados professores, foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 68 de 17.09.92, cuja publicação no diário oficial só se deu em 11.04.96, mas, infelizmente, teve vida curta porque foi denunciada em 20.11.96. Assim, vigorou no Brasil por apenas oito meses. Embora o ato de denúncia seja objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, equivale dizer, o ato denunciante esteja *sub judice*, encontra-se formalmente banida do ordenamento jurídico, tanto que o STF arquivou, por perda do objeto, a ADI movida pela Confederação Nacional dos Transportes que visava a declaração de sua inconstitucionalidade.

Os argumentos utilizados para a denúncia são de que a Convenção 158 contemplava uma exagerada proteção ao empregado nas demissões individuais e coletivas para um país de economia frágil como a nossa, além de criar entrave para o desenvolvimento econômico e acarretar o aumento do chamado *custo Brasil*, com elevação ainda maior do custo de produção, diminuindo a competitividade dos nossos produtos no mercado de um mundo globalizado.

Entretanto, conquanto o governo refutasse a sua permanência no Brasil, antes de 1995 a Convenção 158 da OIT já havia sido ratificada na Suécia, Iugoslávia, Espanha, Venezuela, Nigéria, Chipre, Malavi, Zaire, Camarões, Gabão, Iêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia.

Curiosamente, não há notícia de que nenhum daqueles países tenha denunciado a Convenção, como fez o Brasil. E mais, basta uma vista d'olhos para se detectar com facilidade que a maioria dos países signatários da convenção possui economia muito menos desenvolvida que o Brasil.

Continuando o exame do direito comparado, verifica-se que a **União Européia** segue as diretrizes uniformes fixadas para todos os seus membros, de observância obrigatória, independentemente do direito interno. As dispensas coletivas estão disciplinadas nas Diretivas

75/128/ CEE de 17.02.1975, e 92/56 CCE9 de 24.06.92, sendo que todas harmonizam-se com as regras da Convenção 158 da OIT.

Destaque-se que a **União Européia** desenvolveu uma política de reforço à proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas. Nas diretivas mencionadas estabelece-se um procedimento prévio de consultas às representações dos trabalhadores, com finalidade de celebrar acordo e evitar ou atenuar as consequências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente de ajuda para a reciclagem dos trabalhadores atingidos. Há um procedimento de dispensa coletiva, com prazo de trinta dias, e notificação da autoridade competente.

Com efeito, na Directiva 98/59 do CONSELHO, de 20.06.98, na exposição de motivos, item 2, está claro que:

Considerando que se deve reforçar a protecção dos trabalhadores em caso de despedimento colectivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento económico e social equilibrado na Comunidade.

Na **Espanha**, o Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março, aprovou o novo texto da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*: 2. *El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme el procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.*

Em **Portugal**, a Lei nº. 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou a revisão do Código do Trabalho, assim dispôs:

DIVISÃO II

Despedimento colectivo

Artigo 359.º

Noção de despedimento colectivo

1 -- Considera -se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

(...)

Comunicações em caso de despedimento colectivo

1 -- O empregador que pretenda proceder a um despedimento colectivo comunica essa intenção, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger.

No **México**, a *Ley Federal del Trabajo*, de 1º.04.1970 (cf. texto vigente, cuja última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006), assim dispôs:

Artículo 433.- La terminación de las relaciones de trabajo como consecuencia del cierre de las empresas o establecimientos o de la reducción definitiva de sus trabajos, se sujetará a las disposiciones de los artículos siguientes. (...)

Artículo 435.- En los casos señalados en el artículo anterior, se observarán las normas siguientes:

I. Si se trata de las fracciones I y V, se dará aviso de la terminación a la Junta de Conciliación y Arbitraje, para que ésta, previo el procedimiento consignado en el artículo 782 y siguientes, la apruebe o desapruebe;

II. Si se trata de la fracción III, el patrón, previamente a la terminación, deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 782 y siguientes; y

III. Si se trata de la fracción II, el patrón, previamente a la terminación, deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones para conflictos colectivos de naturaleza económica.

Artículo 436.- En los casos de terminación de los trabajos señalados en el artículo 434, salvo el de la fracción IV, los trabajadores tendrán derecho a una indemnización de tres meses de salario, y a recibir la prima de antigüedad a que se refiere el artículo 162.

No âmbito do Mercosul, encontramos a Lei Argentina nº 24.013, promulgada em 05/12/91, que dispõe, entre outros temas, acerca do procedimento preventivo de crises de empresas, estabelecendo critérios para despedidas coletivas, iniciando-se pela comunicação prévia aos demitidos, ou àqueles que tenham contratos suspensos por força maior, causas econômicas ou tecnológicas que afetem um número elevado de trabalhadores, seguindo-se um procedimento de negociação perante o Ministério do Trabalho e com a participação sindical:

Capítulo 6

Procedimiento preventivo de crisis de empresas

ARTICULO 98. - Con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del quince por ciento (15 %) de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos (400) trabajadores; a más del diez por ciento (10 %) en empresas de entre cuatrocientos (400) y mil (1000) trabajadores; y a más del cinco por ciento (5 %) en empresas de más de mil (1000) trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo.

ARTICULO 99. - El procedimiento de crisis se tramitará ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a instancia del empleador o de la asociación sindical de los trabajadores. En su presentación, el peticionante fundamentará su solicitud, ofreciendo todos los elementos probatorios que considere pertinentes.

ARTICULO 100. - Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de efectuada la presentación, el Ministerio dará traslado a la otra parte, y citará al empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia, dentro de los cinco (5) días.

ARTICULO 101. - En caso de no existir acuerdo en la audiencia prevista en el artículo anterior, se abrirá un período de negociación entre el empleador y la asociación sindical, el que tendrá una duración máxima de diez (10) días.

ARTICULO 102. - El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de parte podrá: a) Recabar informes aclaratorios o ampliatorios acerca de los fundamentos de la petición; b) Realizar investigaciones, pedir dictámenes y asesoramiento, y cualquier otra medida para mejor proveer.

ARTICULO 103. - Si las partes, dentro de los plazos previstos en este capítulo, arribaren a un acuerdo, lo elevarán al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien dentro del plazo de diez (10) días podrá: a) Homologar el acuerdo con la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo; b) Rechazar el acuerdo mediante resolución fundada. Vencido el plazo sin pronunciamiento administrativo, el acuerdo se tendrá por homologado.

ARTICULO 104. - A partir de la notificación, y hasta la conclusión del procedimiento de crisis, el empleador no podrá ejecutar las medidas objeto del procedimiento, ni los trabajadores ejercer la huelga u otras medidas de acción sindical. La violación de esta norma por parte del empleador determinará que los trabajadores afectados mantengan su relación de trabajo y deba pagárseles los salarios caídos. Si los trabajadores ejercieren la huelga u otras medidas de acción sindical, se aplicará lo previsto en la ley 14.786.

ARTICULO 105. - Vencidos los plazos previstos en este capítulo sin acuerdo de partes se dará por concluido el procedimiento de crisis. Capítulo 7 Programas de emergencia ocupacional.

Este é o contexto do direito comparado.

II.3 - DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO NA DEMISSÃO COLETIVA NO BRASIL

O direito do trabalho no Brasil só cogita de proteção contra a demissão individual do empregado, quando sem justa causa, como preconiza o artigo 7º, I, da Constituição Federal de 1988. É o que afirma o Professor Amari Mascaro Nascimento: *nosso direito voltou-se para as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica e expansiva das relações de trabalho.*

No entanto, é uma proteção que se resumiu à elevação da multa sobre o saldo do FGTS de 10 para 40%, conforme a letra *b*, inciso I, do art. 10 do ADCT da CF/88. Assim, à exceção das hipóteses de estabilidade provisória, a isto restringe a proteção do trabalhador individualmente despedido.

Por outro lado, não há no ordenamento jurídico regramento nenhum acerca da despedida em massa ou coletiva, seja relacionada a uma causa objetiva, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, ou a uma crise econômica internacional, como a que se vive atualmente, o que acaba por fazer a situação merecer o mesmo tratamento jurídico da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, isto é, a situação recebe tratamento como se fosse uma soma de despedidas individuais sem justa causa.

Em todo caso, a falta de regramento da matéria tem sido contornada com a introdução de cláusulas em acordos e convenções coletivas de trabalho que estabelecem os mais variados critérios para a demissão coletiva. Estes critérios normativos inspiram-se geralmente nos costumes, como é o caso dos PDV's, ou nas diretrizes da própria Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Encontram-se na doutrina inúmeras sugestões de alternativas para a proteção do trabalhador na demissão coletiva, como a suspensão dos contratos, com ou sem pagamento de salários; as férias coletivas; a redução de jornada e de salários.

A nossa lei, no art. 476-A da CLT, preconiza a possibilidade de suspensão do contrato por cinco meses, com possibilidade de prorrogação, para a participação do empregado em programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador.

Entretanto, tudo depende de previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho que, inclusive, estabelecerá que, durante a suspensão o empregado receberá ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial.

A norma em questão não tem o propósito de proteger o empregado no caso de "dispensa coletiva", mas a suspensão temporária do contrato poderia ser utilizada, à semelhança das férias coletivas, para evitar a demissão coletiva de plano.

Cumprе acrescentar que a alternativa preconizada no art. 476-A foi objeto de proposta conciliatória do Exmo. Sr. Desembargador Presidente, mas rejeitada pelas partes.

Assim, rejeitada a proposta de suspensão do contrato, não havendo previsão normativa da categoria que estabeleça critérios para a demissão coletiva, constata-se uma inarredável lacuna no ordenamento jurídico em relação à matéria, a menos que se admita a eficácia da Convenção 158 da OIT.

No entanto, não é dado ao juiz recusar-se de decidir ante a omissão ou de lacuna na lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma geral de direito que orienta a aplicação de todo o ordenamento jurídico privado.

Além disso, o direito do trabalho tem norma específica no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que preconiza expressamente:

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. (destaquei)

Resta a este E. Tribunal socorrer-se dos princípios gerais de direito, especialmente de direito do trabalho e de direito comparado, ancorado neste preceito legal. Não se trata, porém, de aplicação dos princípios jurídicos em caráter secundário ou de forma hierarquicamente inferior dentro do ordenamento jurídico, mas com a eficácia de normatividade, equivalente à das normas escritas.

II.4 - DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Graças em grande parte aos estudos de Robert Alexy e do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, sucessor de Herbert Hart na cátedra de jurisprudência da Universidade Oxford, a dissociação entre normas princípios e regras foi superada.

Com efeito, *a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema*, conforme ressalta Luiz Roberto Barroso, em *Interpretação Constitucional Aplicada da Constituição*, Saraiva, 1998, página 141.

Nesta linha de raciocínio, qual seja, da dissociação de normas, princípios e regras, é oportuno destacar a afirmação de Norberto Bobbio: *Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema (...). Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras e esta é também a tese sustentada por Crisafulli*.

Com o evoluir da Teoria Geral do Direito, mormente em face da inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se *uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Assim, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, tornando a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições. E mais: a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico de nosso tempo*.

O prof. Paulo Bonavides sintetiza, com a maestria que lhe é peculiar, a evolução da teoria da força normativa dos princípios e a sua prevalência no pós-positivismo jurídico: *Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios*.

A partir da idéia da normatização dos princípios que protegem os valores magnos da sociedade moderna, não é exagero sustentar que os princípios juntamente com as regras e a argumentação jurídica fazem parte do gênero *norma*. Os princípios devem ser encarados hierarquicamente como norma jurídica, garantindo-lhes, pelo menos, o mesmo grau de importância das regras legais nesta nova hermenêutica constitucional.

Não se desconhece que haja quem sustente que, diante das formulações de valores que embasam a normatividade dos princípios, a estes deve ser conferida prevalência e preferência em detrimento das regras do sistema jurídico, situando-os no ponto mais alto do sistema.

Diante da normatividade dos princípios e da sua real importância, influenciam efetivamente o estudo da ciência jurídica, pois o princípio, na resolução de qualquer caso concreto, desce das altas esferas do sistema jurídico para ser aplicado e solucionar o problema debatido na sua concretude.

Revela-se, portanto, perigoso afirmar que, em razão do disposto nos artigos 4º da Lei de Introdução do Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, os princípios ficam situados num plano secundário ou hierarquicamente inferior dentro do sistema jurídico, alegando ser lícita a sua aplicação somente nos casos de lacuna na lei.

Ocorre que as regras legalmente constituídas pelo Estado foram inseridas no sistema jurídico posteriormente aos princípios, uma vez que destes originaram-se. Claro, as regras postas estão assentadas nos princípios. **Caso uma determinada regra seja suprimida do ordenamento jurídico, restará sob ela o princípio que embasou a sua criação.**

Assim, é possível concluir com Cinthia Maria Fonseca Espada que no pós-positivismo jurídico, os princípios adquiriram a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes, válidas e eficazes. Os princípios são estruturalmente iguais aos valores. Introduce-se novamente a moral no Direito e a idéia de justiça volta a estar presente na interpretação jurídica. Neste contexto, a realização dos direitos fundamentais passa a ser o centro das preocupações dos juristas.

Acerca dos valores que são substrato de idéias que se cristalizam em princípios jurídicos, ensina José Afonso da Silva: *Valor, em sentido normativo, é tudo aquilo que orienta (indica diretriz) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atrai, consciente ou inconscientemente, o ser humano. O valor comporta sempre um julgamento, e, pois, uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes. Isso porque a cada valor corresponde um desvalor. Nesse sentido, a democracia é um valor político; a ditadura, um desvalor. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) são, assim, os elementos que lhe dão o rumo do bem-estar social.*

Por outro lado, esta visão pós-positivista da hermenêutica do direito, levou-me a sustentar na minha dissertação de conclusão do curso de mestrado que na atual perspectiva do direito não subsistem os postulados da hermenêutica tradicional que reduziam a eficácia das normas constitucionais como meramente programáticas. A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia - ética, moral e direito - em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Assim, o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requerem uma nova postura da atividade jurisdicional que, neste raciocínio, nos permite concluir que é possível ao Tribunal reconhecer que é mais amplo o espectro constitucional de proteção ao trabalhador em caso de dispensa coletiva.

Esta conclusão é sustentável com base nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da República do Brasil, definidos entre os *Princípios Fundamentais*, o da *dignidade da pessoa humana*; os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (no art. 1º, III e IV); a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*; a *garantia do desenvolvimento econômico*; a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais*; a *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); a *independência nacional e a prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, I e II).

Estes fundamentos do Estado de Direito Democrático desdobram-se e/ou estão definidos, de forma particular, no Título VII - *Da Ordem Econômica* - e criam mecanismos de proteção e garantia do sistema capitalista, definem política de contenção de abusos do poder econômico (art. 170 a 192); e na definição *Da Ordem Social* instituem mecanismos de desenvolvimento social, proclamam a necessidade de redução da desigualdade social e da pobreza, através de ações que garantam ao cidadão: acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação, assistência social, proteção ao meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente, idoso etc. (arts. 6º, 7º e 193 a 232).

Neste espectro de princípios basilares explícitos na Constituição da República encontram-se os fundamentos para sustentar que as demissões coletivas de trabalhadores por empresas, quer sejam por inovações tecnológicas, automações, crises econômicas etc., quer por supressão de estabelecimentos, por seus impactos econômicos e sociais, não são imunes a uma rede de proteção dos trabalhadores atingidos. Esta proteção deve ter outros parâmetros que não aqueles que o Direito do Trabalho expressamente concede aos trabalhadores que sofrem demissões individuais.

Os pressupostos do regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego na despedida individual são insuficientes para fazer frente à gravidade do fenômeno da dispensa coletiva.

Por esta razão, como visto acima, os ordenamentos jurídicos alienígenas, inspirados na Convenção nº. 158 da OIT, regulamentaram a demissão coletiva de forma minuciosa, partindo de diretrizes que exigem desde pedidos, autorizações ou comunicações prévias às autoridades competentes, negociações coletivas que previamente estabeleçam critérios de demissão e, finalmente, se não for possível evitar as demissões coletivas, determinam que se proceda com alternativas de proteção aos trabalhadores de modo a causar o menor impacto possível para as suas famílias e, por consequência, para a coletividade.

Em não havendo como evitar as demissões coletivas, a solução **na Espanha e no México** é a fixação de indenização compensatória; **na Itália**, por meio da Lei nº. 223/91, e **na França**, pela Lei do Trabalho de 1995, fixaram-se planos de demissão escalonada por critérios neles estabelecidos. A diretivas da União Européia igualmente prevêm indenizações.

De sorte que é possível concluir pelo exame da legislação comparada, especialmente da União Européia e da Convenção nº. 158 da OIT, que as demissões coletivas não podem ser aceitas, a não ser quando obedecidos todos os rituais próprios e específicos, incluindo sempre negociações coletivas que busquem alternativas que suavizem seus efeitos, como é o caso das indenizações.

Relativamente à eficácia da Convenção nº. 158 da OIT no Brasil, cumpre ressaltar a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, em que se considera o crescimento econômico essencial, mas não suficiente para assegurar a equidade, a erradicação da pobreza e a manutenção de empregos, para declarar que todos os membros, *ainda que não tenham ratificado as convenções tenham compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções.*

No caso em exame, é de se entender e acatar as justificavas alegadas pela suscitada de que uma crise econômica mundial afetou brusca e profundamente o mercado e a produção de aeronaves, com o cancelamento de encomendas e a falta de perspectiva de uma retomada para breve dos níveis de produção, como vinha ocorrendo até o último semestre do ano passado, mormente considerando que sua atividade empresarial é totalmente dependente de um mercado internacional que se encontra em profunda retração e sem sinais de recuperação para os próximos meses, ou talvez anos.

Este quadro desaguou inevitavelmente na demissão de 4.200 trabalhadores, a ponto de torná-las irreversíveis.

Embora a contundência destes fatos configure-se inarredável e torne a situação irreversível, na medida em que o número de postos de trabalho ofertados pelas empresas estão sempre atrelados ao seu potencial produtivo, que dependem, por outro lado, do desenvolvimento da estabilidade da economia de cada país e, no caso, como em muitas outras atividades empresariais, dependente também da estabilidade do mundo globalizado, por isso, oscilações econômicas locais e no mundo são sempre fatores inevitáveis de maior emprego ou desemprego, o condenável foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem que se tenha buscado formas efetivas de suavização dos seus efeitos, como medidas alternativas, e o que é pior, como já ressaltado acima, *não houve anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade.*

É inviável, porém, sustentar a vedação absoluta das dispensas nestas circunstâncias. A imposição de reintegração, em face do ordenamento jurídico vigente, ou do direito comparado, em que as normas limitam-se a traçar procedimentos prévios, desaguam sempre em indenização que amenize os efeitos do ato patronal.

Dir-se-á que não é verdade que a suscitada não estava disposta a negociar, tanto que compareceu perante esta Corte e inicialmente ofereceu uma proposta de indenização de R\$ 1.600,00 a cada um dos demitidos, que evoluiu, nesta proposta, para um teto equivalente a dois salários de R\$ 3.500,00, além da manutenção por um ano dos planos de assistência médica dos trabalhadores e suas famílias.

Não é exagero dizer que a liminar de suspensão dos efeitos das demissões, oportunamente concedida pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região forçou a empresa a comparecer a esta Corte para negociar. Tanto que num primeiro momento foi radicalmente intransigente, nada oferecendo. A negociação só evoluiu porque não se encerraram as tratativas na primeira audiência. Segundo, é natural que os sindicatos profissionais que sempre se caracterizaram por radicalismos exacerbados tenham sentido-se mais fortalecidos e também radicalizado.

Não obstante todas estas circunstâncias, a liminar teve a sua função de trazer as partes à mesa de negociação, da qual emergiram propostas que constam do termo de audiência e balizam os parâmetros para uma composição judicial do conflito.

Por ser óbvio, num ambiente de negociação direta com mais tempo de reflexão e consulta às respectivas partes representadas no conflito, poder-se-ia evoluir para proposições de maior alcance e, possivelmente, chegar a um consenso.

Dir-se-á que a reclamada tem o poder potestativo de demitir. Este poder insere-se no âmbito das dispensas individuais, para as quais, como visto acima, há uma proteção legal específica.

Assim, vislumbro que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional caracteriza o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre iniciativa e à cidadania.

No domínio econômico, a liberdade de iniciativa deve ser contingenciada por interesses do desenvolvimento nacional e de justiça social, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão nos autos do Mandado de Segurança n. 3351-4-DF, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, na 1ª Seção, publicado no D.J. de 10.08.94, *in verbis*:

No domínio do desenvolvimento econômico - conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas - a liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento econômico nacional da justiça social e se realiza visando à harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera da economia para suprimir ou controlar o abuso de poder econômico.

Assim, sob pena de configurar abuso do poder econômico, não se pode reconhecer discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas, sem que haja uma ampla negociação com os entes sindicais respectivos.

O direito reprime o abuso de direito com a imposição de sanções com vistas à reparação dos efeitos maléficos do ato.

Neste contexto, havendo pedido dos suscitantes de que se declare a nulidade da dispensa coletiva, reputo-a abusiva por falta de boa fé objetiva, nos termos do art. 422 do Código Civil, por ausência de negociação prévia, espontânea e direta entre as partes, que revela falta de lealdade da conduta, na medida em que houve tentativa de conciliação tão-somente com mediação judicial e, assim mesmo, por força de uma liminar de suspensão dos efeitos das demissões.

O decreto de abusividade tem por fundamento os princípios gerais e os princípios fundamentais consagrados na Constituição da República, como *a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (no art. 1º, III e IV); *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); *a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, I e II).

Admite-se como princípios gerais de direito do trabalho os da proteção do empregado nas dispensas coletivas, bem como aqueles existentes no direito comparado, com as Directivas da União Européia, das Leis de Trabalho da Espanha e do México, além das diretrizes da Convenção 158 da OIT, na lição de Amauri Mascado Nascimento.

Não se desconhece que, acerca da Convenção nº. 158 da OIT, o ato de denúncia encontra-se *sub judice*. E que Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 de 04.07.97, movida pela Confederação Nacional dos Transportes, teve deferida em parte a liminar ao fundamento de que a convenção não é sucedâneo de lei complementar exigida pelo art. 7º da CF/88. Entretanto, a

decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu o conteúdo programático da Convenção nº. 158, o que não impede que seus comandos sejam interpretados como princípios gerais de direito do trabalho, conforme a doutrina da normatividade dos princípios jurídicos, acima examinada.

Por tais fundamentos e, ainda, com fulcro no art. 422 do Código Civil de 2002, declaro:

a) a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva, sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada;

b) a inexistência de garantia de emprego ou de estabilidade que justifique a reintegração, ressalvados os casos de estabilidade provisória previstos em lei ou em normas coletivas, que poderão ser objeto dissídios individuais;

c) o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais;

d) a eficácia da liminar concedida até o dia 13.03.2009, para manter vigente até esta data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos;

e) a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses a contar de 13.03.2009;

f) nos casos de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis, mantida durante dois anos.

O pagamento da reparação não substitui o direito dos trabalhadores demitidos ao recebimento das verbas rescisórias típicas das dispensas individuais e sem justa causa, calculadas conforme a legislação trabalhista em vigor e com as vantagens dos instrumentos normativos que lhes forem aplicáveis, além de outras vantagens que as suscitadas concederam ou venham a conceder unilateralmente.

Em consequência, declaro a perda da eficácia da liminar concedida e não defiro o pagamento de salários do período em que a liminar teve eficácia."

Inconformadas, as suscitadas interpuseram recurso ordinário, alegando que a dispensa foi realizada com a absoluta observância da legislação relativa às reparações dos contratos de trabalho, não havendo abuso de direito na prática. Afirmam que, além de todas as indenizações previstas na legislação trabalhista, ainda foram pagas as vantagens decorrentes de acordos coletivos que o Sindicato se recusou a assinar desde 2005. Argumentam que a decisão da Corte Regional utilizou princípios de forma supletiva, o que é inadmissível ante a existência de regra própria, e que as empresas observaram a boa-fé objetiva nas dispensas. Requerem que seja cassado o Acórdão recorrido, excluindo-se por completo a declaração de abuso de direito e a extensão dos contratos de trabalho até 13/03/2009.

Passo à análise.

A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes.

A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva.

O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada.

O problema da dispensa coletiva há muito é objeto de estudo e análise pelo direito. Já em 1974, Orlando Gomes assim explicava o instituto ("Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa - Aspectos Jurídicos do Desemprego Tecnológico", LTr, ano 38, São Paulo, Julho de 1974):

"**Dispensa coletiva** é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados.

Dois traços caracterizam a **dispensa coletiva**, permitindo distingui-la da **dispensa plúrima**. São:

a - a peculiaridade da causa;

b - a redução definitiva do quadro do pessoal.

Na **dispensa coletiva** é **única e exclusiva** a cláusula determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir **determinados** trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de **dispensar uma pluralidade de empregados** não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não-pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da **dispensa** é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa."

Trata-se da hipótese exata dos autos, em que as suscitadas dispensaram mais de quatro mil empregados alegando razões de ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 7º, I, que é direito fundamental de todos dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo à lei complementar a regulamentação desse direito.

No caso dos contratos individuais de trabalho, na inexistência da referida lei, a matéria encontra-se prevista no art. 10º do ADCT, que dispõe que, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF/88, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput*, e § 1º da Lei nº 5.107/66.

Além disso, observa-se que a dispensa individual é regulada minuciosamente na ordem jurídica, produzindo os efeitos tradicionais previstos na CLT e na legislação trabalhista em geral, tais como o pagamento de: aviso prévio, 13º salário proporcional, férias proporcionais (com 1/3), liberação do FGTS, entre outros reflexos, de acordo com a modalidade da dispensa.

A dispensa coletiva, por sua vez, é fato distinto da dispensa individual em sua estrutura, dimensão, profundidade, efeitos, impactos e repercussões.

Nota-se, num exercício analógico, que a diferença entre fatos individuais ou específicos e fatos coletivos pode ser observada em outras searas do direito. Uma conduta omissiva do trabalhador, que deixa de comparecer ao posto de trabalho, por exemplo, possui punição prevista pelo direito, podendo ser considerada até mesmo como justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do art. 482 da CLT. Já uma conduta omissiva de uma coletividade, sejam empregados de um setor ou de toda uma empresa, não é infração trabalhista, mas um direito constitucionalmente previsto, ou seja, o direito de greve (art. 9º, CF/88).

A diferença entre o individual e o coletivo também pode ser observada no campo das ciências. Uma doença individual é um fato com estrutura, dimensão e repercussão localizadas, pontuais, individuais e tópicas, ao passo que uma epidemia do mesmo mal tem dimensão, profundidade, impacto e, dessa forma, estrutura diferentes.

Portanto, tanto na vida social como nas ciências, e como também no direito, os fatos estritamente individuais são manifestamente distintos dos fatos coletivos, massivos.

Os eventos da dispensa coletiva e da dispensa individual de trabalhadores de certa empresa não poderiam obedecer a outra lógica. A dispensa coletiva, embora não esteja tipificada explícita e minuciosamente em lei, corresponde a fato econômico, social e jurídico diverso da despedida individual, pela acentuação da lesão provocada e pelo alargamento de seus efeitos, que deixam de ser restritos a alguns trabalhadores e suas famílias, atingindo, além das pessoas envolvidas, toda a comunidade empresarial, trabalhista, cidadina e até mesmo regional, abalando, ainda, o mercado econômico interno. É um fato manifestamente diferente da dispensa individual.

A dispensa coletiva no direito brasileiro, por ser ato, conduta ou fato massivo, envolvendo significativa coletividade de trabalhadores, é matéria típica, específica e obrigatória do DIREITO COLETIVO DO TRABALHO, que pode ser definido como o complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua atuação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais. Possui, portanto, regras e princípios específicos, diversos do Direito Individual.

Além de possuir funções justralhistas gerais, esse ramo do direito também possui funções juscoletivas específicas, quais sejam, a geração de normas jurídicas, a pacificação de conflitos de natureza coletiva, função sociopolítica e função econômica.

Nesse contexto, os diversos instrumentos do Direito Coletivo do Trabalho são meios de solução de importantes conflitos sociais, que são aqueles que surgem em torno da relação de emprego (ou de trabalho), ganhando projeção grupal, coletiva. Além disso, tal ramo do direito é um dos mais relevantes instrumentos de democratização de poder, no âmbito social, existente nas modernas sociedades democráticas. O problema das dispensas coletivas, portanto, deve ser resolvido dentro desses parâmetros.

A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).

As citadas convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, contêm garantias democráticas à atuação sindical, que ressaltam a importância do ser coletivo obreiro no âmbito internacional, nacional e local, e devem ser observadas na aplicação do Direito do Trabalho, enquanto instrumento de elevação das condições de pactuação da força do trabalho no universo social, suplementando a ordem jurídica interna juslaboral.

Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a submissão da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça a distinção normativa entre as dispensas meramente típicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, é inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, seja espontaneamente, seja no plano do processo judicial coletivo. Para este Relator (que, neste aspecto, ficou vencido), a dispensa coletiva não regulada e atenuada pela negociação coletiva até mesmo ensejaria indenização compensatória superior às simples verbas da estrita dispensa individual, a par de outros efeitos em conformidade com a situação concreta enfocada.

Nesse sentido, a dispensa coletiva não é um direito potestativo do empregador, não existindo na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual.

Ao contrário do Direito Individual, em que o próprio ordenamento prevê as sanções para o caso de dispensa sem justa causa, não existe juridicamente dispensa meramente arbitrária e potestativista de natureza coletiva. As consequências de um ato de tal natureza devem possuir como parâmetro a proteção prevista no art. 7º, I, que veda despedida arbitrária ou sem justa causa. Em que pese o texto constitucional mencionar que tal proteção se dará nos termos da lei complementar, está claro que a Constituição delegou ao legislador infraconstitucional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária. A proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo. Vale lembrar que, conforme afirmado, por se tratar de evento diverso da ruptura meramente individual, a previsão simplista e isolada do art. 6º, "caput", e § 1º da Lei nº 5.107/66 apenas é aplicável no âmbito das dispensas individuais.

Cabe destacar que o art. 7º, I, da Constituição Federal, aplicado às dispensas coletivas, contém norma de eficácia contida, ou seja, regra constitucional cuja eficácia é redutível ou restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição. Essas regras jurídicas têm aplicabilidade imediata, mas podem ter seu alcance reduzido (por isso fala-se em eficácia contida) pelo legislador infraconstitucional, segundo comando oriundo da própria Constituição. São, em geral, as normas que enunciam direitos com o preceito suplementar, '... na forma que a lei estabelecer', ou, no hipótese normativa em análise, '...nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos'. Observe-se: não sendo editada a legislação complementar regulamentadora (e restritiva), a norma constitucional (e seu princípio subjacente) firma-se em vigor.

Ressalte-se, finalmente, que a norma de eficácia contida possui, ainda, importante efeito esterilizante negativo sobre as normas infraconstitucionais que lhe sejam antitéticas ou incompatíveis - efeito não percebido pelo critério teórico tradicional. A simples circunstância de esse tipo de norma invalidar a continuidade ou emergência de preceitos antagônicos ou incompatíveis já lhe confere substantiva eficácia no contexto da ordem jurídica global envolvida.

Nesse quadro, a inércia do legislador em regulamentar as consequências e sanções previstas no caso de dispensa coletiva não pode impedir a aplicação de direitos previstos constitucionalmente, como estabelecido no já citado art. 7º, I, além de outros, como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que são fundamentos da República. A Carta Magna prevê, ainda, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, e tem, entre seus princípios, a busca do pleno emprego.

Como forma de solucionar conflitos, a CLT prevê, em seu art. 8º, que, na falta de disposições legais ou contratuais, a Justiça do Trabalho decidirá, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade, por princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, usos e costumes e pelo direito comparado, ressaltando em seu parágrafo único que o Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho no que lhe for compatível.

Além dos já citados princípios gerais de direito, e do estudo de direito comparado, já bem pormenorizado no citado acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho, outros aspectos jurídicos merecem destaque.

Um ponto relevante é que a dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF).

Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista.

Nesse sentido, segundo este Relator (que, neste aspecto, ficou vencido), até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato.

Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes. Neste ponto, para os casos futuros, a d. Maioria da SDC fixou tal premissa (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada - até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante).

A premissa ora fixada é: "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores".

É que a negociação coletiva ou a sentença normativa fixarão as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-a da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas.

Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente. Evidentemente que os trabalhadores protegidos por garantias de emprego, tais como licença previdenciária, ou com debilidades físicas reconhecidas, portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e diretores eleitos de CIPAs, além de outros casos, se houver, deverão ser excluídos do rol dos passíveis de desligamento.

Nas dispensas massivas, a prática (costume trabalhista, art. 8º da CLT) tem criado os PDVs, PDIs e similares, os quais estabelecem valores indenizatórios pagos segundo o tempo de serviço, a manutenção, ainda que temporária, de certas vantagens adicionais criadas pela empresa (planos de saúde, por exemplo).

Por todo exposto, conclui-se que as dispensas coletivas realizadas de maneira desregrada somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado *hobbesiano* na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Tal ato/fato é inviável, porém, dentro da regência constitucional de 1988.

Na hipótese dos autos, segundo o entendimento deste Relator, é incontroverso que as dispensas foram efetivadas sem nenhuma negociação prévia com o sindicato obreiro, e sem o necessário estabelecimento de critérios objetivos e sociais para escolha dos trabalhadores diretamente prejudicados, pelo que a conduta empresarial afronta a ordem jurídica pátria. Mas a d. Maioria da Seção, repita-se, entendeu pertinente apenas fixar a referida premissa, com efeitos para casos novos, não se aplicando, conforme já exposto, ao presente caso.

Este Relator ainda acrescentava os seguintes fundamentos:

Analisando o Direito Comum, mais especificamente o Direito Civil, que também é critério de integração do Direito do Trabalho, merece destaque a questão da boa-fé objetiva, que também deve ser observada nessa seara.

Ao explicar a função hermenêutica-integrativa de tal princípio, Eduardo Milléo Baracat assim discorre ("A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho", Editora LTr, 2003, pág. 180):

"A primeira função da boa-fé é a de, ao mesmo tempo, interpretar e integrar o contrato. Não se trata, contudo, apenas 'interpretar' e 'integrar', isoladamente, pois a função integrativa 'não é qualitativamente diversa da função interpretativa', esclarece Fernando Noronha, sendo que, continua, 'a integração é apenas a continuação da interpretação do contrato, para além das disposições previstas pelas partes, ou impostas pela lei'.

Adverte, todavia, Clóvis do Couto e Silva, que a função hermenêutica integrativa não se confunde com o princípio da boa-fé, pois este 'traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação, alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações, ou, ainda, mesmo antes da formação do contrato, até após finalizada a relação obrigacional. A boa-fé dinamiza a função interpretativa-integrativa, tornando-a mais abrangente diante da complexidade da relação obrigacional'.

Interpretar e integrar o contrato, de acordo com o princípio da boa-fé, significa traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, vista, conforme sua complexidade, como uma ordem de cooperação, não se

tratando, tão-somente da dialética crédito (direito do empregador de dispor da mão-de-obra) e débito (dever do empregado de prestar o trabalho), considerados isoladamente, mas de um conjunto de direitos e deveres, em que as partes visam a uma finalidade comum."

Dessa forma, a boa-fé deve ser observada em todas as relações jurídicas, em especial nas relações trabalhistas, que possuem claro cunho social.

No caso dos autos, a ausência de informação e de tentativa de negociação prévia com as entidades sindicais interessadas, ou até mesmo com os próprios trabalhadores, que foram surpreendidos com a decisão repentina da empresa, representaria clara ofensa à boa-fé objetiva, ao princípio da confiança e ao dever de informação.

Além de afronta à boa-fé objetiva, a dispensa também constitui abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, já que a empresa excedeu os limites impostos pelo seu fim social e econômico e pela boa-fé, tendo seu ato causado sérias consequências não apenas para os diretamente envolvidos como também para a sociedade como um todo.

Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região.

Em consequência de todo o exposto, fica claro, conforme o entendimento deste Relator, que a nulidade das dispensas existiria até que fosse efetivada a negociação coletiva trabalhista, ou, não sendo possível, processado o dissídio coletivo.

Dessa forma, não seria possível acolher o pedido de reforma do acórdão proferido pelo TRT, com a consequente exclusão da declaração de abuso de direito na dispensa dos empregados.

Também mereceria ser mantida a decisão da Corte Regional do que concerne à extensão dos contratos de trabalho até 13/03/2009, data da última audiência de tentativa de conciliação perante aquele Tribunal.

No entanto, a d. Maioria, vencidos este Relator e a Ministra Kátia Arruda, decidiu **dar provimento** ao recurso ordinário das empresas, afastando a declaração de abusividade das dispensas, e não vendo também afronta à boa-fé objetiva. Para a d. Maioria, até então a jurisprudência era pacífica em não restringir as dispensas coletivas; logo, não houve, para esta interpretação, nem abusividade, nem falta de boa-fé objetiva.

Em relação à prorrogação dos contratos de trabalho até 13/03/2009, esta Seção, também por maioria, decidiu **dar provimento** ao recurso ordinário das empresas para excluir tal extensão, vencidos no ponto este Relator e os Ministros Carlos Alberto Reis de Paula, Waldir Oliveira da Costa e Kátia Arruda. Para a d. Maioria, não sendo abusiva a dispensa e nem agressiva da boa-fé objetiva, não caberia invalidar o ato empresarial de ruptura, nem estender os contratos para dias ou semanas adicionais.

Ainda, por maioria, a SDC decidiu **negar provimento** ao recurso quanto às demais matérias, fixando a premissa, para casos futuros, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supra.

B - RECURSOS ORDINÁRIOS INTERPOSTOS PELOS SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO E OUTROS (FLS. 815/822) E PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CONSTRUÇÃO DE AERONAVES, EQUIPAMENTOS GERAIS AEROESPACIAL, AEROPEÇAS, MONTAGEM E REPARAÇÃO DE AERONAVES E INSTRUMENTOS AEROESPACIAL DE SÃO PAULO (FLS. 825/833):

I - CONHECIMENTO

Os recursos são tempestivos e estão preenchidos os demais pressupostos genéricos de admissibilidade dos apelos, que serão julgados em conjunto dada a identidade da matéria.

Conheço.

II - MÉRITO

Inconformados com a decisão da Corte Regional, os suscitantes requerem a sua reforma.

Os Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e Outros postulam a reforma do acórdão regional, afim de que seja decretada a nulidade das dispensas e continuidade dos contratos e das obrigações dela decorrentes. Já o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial de São Paulo requer a reforma da decisão, para que seja declarada a nulidade das dispensas, pela abusividade, e, conseqüentemente, determinada a reintegração dos empregados dispensados ou, caso assim não se entenda, a majoração da compensação financeira fixada pela Corte Regional.

Passo à análise.

Quanto ao pedido das partes de declaração de nulidade das dispensas efetuadas, observa-se que a Corte Regional já havia declarado a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais.

Entretanto, no julgamento do recurso ordinário das suscitadas, esta Seção decidiu afastar a declaração de abusividade das dispensas, vencidos este Relator e a Ministra Kátia Arruda, o que prejudica a análise do pedido dos suscitantes.

No que concerne à reintegração pleiteada, é necessário ressaltar que o texto constitucional, ao vedar a dispensa arbitrária, impõe que a lei complementar preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (art. 7º, I), não conferindo aos trabalhadores prejudicados o direito à reintegração. Por essa razão, a concessão desse benefício seria extrapolar a restrição prevista constitucionalmente, o que não é permitido ao aplicador do direito.

Quanto à questão da indenização arbitrada, este Relator possui o seguinte entendimento:

De fato entendo que, diante do dano causado não só às partes envolvidas, mas também a toda uma importante região, e da conclusão já fundamentada de que as suscitadas agiram em afronta a importantes princípios e regras jurídicas, em claro abuso de direito, é necessária a alteração da condenação, de modo a contemplar as diversas situações fáticas dos empregados dispensados, em juízo de equidade, razoabilidade e proporcionalidade, nos seguintes termos:

- a. *manutenção da prorrogação da vigência do contrato de trabalho até o dia 13/03/2009;*
- b. *manutenção da condenação ao pagamento do plano de assistência médica dos trabalhadores pelo prazo de 12 (doze) meses, a contar de 13/03/2009;*
- c. *manutenção do direito de preferência dos empregados dispensados no caso de reativação dos postos de trabalho pelas suscitadas, devendo estas dar a devida publicidade à necessidade de contratação de novos empregados, pelo prazo de dois anos;*
- d. *alteração da compensação financeira concedida aos empregados dispensados, para que obedeça à seguinte proporção:*
 - *o valor correspondente a dois meses de aviso prévio para os empregados com até dois anos de prestação de serviços para as empresas;*
 - *o valor correspondente a três meses de aviso prévio para os empregados que possuam de dois a quatro anos de prestação de serviços para as empresas;*
 - *o valor correspondente a quatro meses de aviso prévio para os empregados que possuam de quatro a oito anos de prestação de serviços para as empresas;*
 - *o valor correspondente a cinco meses de aviso prévio para os empregados que possuam mais de oito anos de prestação de serviços para as empresas.*

Esta Seção, no entanto, decidiu negar provimento ao recurso no ponto, mantendo a condenação aplicada pela Corte Regional, vencidos este Relator e a Ministra Kátia Arruda. Para a d. Maioria, o decisório regional, neste aspecto, foi razoável, não havendo base jurídica na Constituição e CLT para o alargamento da decisão recorrida.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria: I - RECURSO ORDINÁRIO DA EMBRAER E OUTRA: 1 - negar

provimento ao recurso quanto às questões preliminares renovadas, vencidos os Exmos. Srs. Ministros João Oreste Dalazen, Dora Maria da Costa, Fernando Eizo Ono e Milton de Moura França que, considerando se tratar de reclamação trabalhista típica sob a forma de dissídio individual plúrimo, davam provimento ao recurso a fim de anular o processo, a partir do acórdão recorrido, determinando o envio dos autos para distribuição a uma das Varas do Trabalho de São José dos Campos, para instrução e julgamento da lide; 2 - dar provimento ao recurso para afastar a declaração de abusividade das dispensas, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator e Kátia Arruda; 3 - dar provimento ao recurso para afastar a prorrogação dos contratos de trabalho até 13/3/2009, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator, Carlos Alberto Reis de Paula, Walmir Oliveira da Costa e Kátia Arruda; 4 - negar provimento ao recurso quanto às demais matérias, fixando a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, vencidos os Exmos. Srs. Ministros João Oreste Dalazen, Dora Maria da Costa, Fernando Eizo Ono e Milton de Moura França relativamente à fixação dessa premissa; II - RECURSOS ORDINÁRIOS INTERPOSTOS PELOS SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO E OUTROS E PELO SINDIAEROESPACIAL - negar provimento aos recursos, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator e Kátia Arruda, que lhes davam provimento parcial para, mantendo as demais condenações da Corte Regional, fixar a compensação financeira aos empregados dispensados na seguinte proporção: o valor correspondente a dois meses de aviso prévio para os empregados com até dois anos de prestação de serviços para as empresas; o valor correspondente a três meses de aviso prévio para os empregados que possuam de dois a quatro anos de prestação de serviços para as empresas; o valor correspondente a quatro meses de aviso prévio para os empregados que possuam de quatro a oito anos de prestação de serviços para as empresas; o valor correspondente a cinco meses de aviso prévio para os empregados que possuam mais de oito anos de prestação de serviços para as empresas. Juntarão voto divergente/convergente os Exmos. Srs. Ministros João Oreste Dalazen e Milton de Moura França. Notas degravadas e revisadas do pronunciamento do Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula serão juntadas aos autos.

Brasília, 10 de agosto de 2009.

Mauricio Godinho Delgado

Ministro Relator

fls.

PROCESSO Nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4

ANEXO III

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 161.243-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: JOSEPH HALFIN
ADVOGADOS : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS E OUTROS
RECORRIDA : COMPAGNIE NATIONALE AIR FRANCE
ADVOGADOS : FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

01896040
04371610
02431000
00000170

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE: AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, **caput**.

I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, **caput**).

II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) - PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV. - R.E. conhecido e provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, conhecer do recurso para examinar desde logo a questão constitucional, relativa à ofensa ao princípio da isonomia, vencido em parte o Sr. Ministro Relator, que conhecia do recurso extraordinário e determinava retornassem os autos ao Tribunal Superior do Trabalho para que julgasse a questão de mérito sobre a ofensa ao princípio da isonomia. Prosseguindo no julgamento, examinando o mérito da questão constitucional, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para determinar a aplicação ao recorrente do estatuto da empresa, nos termos solicitados na inicial, o que se apurará em liquidação de sentença. Ausente justificadamente, neste julgamento, o Sr. Ministro Marco Aurélio.

mu

757

Brasília, 29 de outubro de 1996.

NÉRI DA SILVEIRA -

PRESIDENTE

CARLOS VELLOSO -

RELATOR

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 161.243-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: JOSEPH HALFAN
ADVOGADOS : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS E OUTROS
RECORRIDA : COMPAGNIE NATIONALE AIR FRANCE
ADVOGADOS : FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

R E L A T Ó R I O

01896040
04371610
02432000
00000200

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Trata-se de reclamação trabalhista ajuizada por JOSEPH HALFAN contra a COMPAGNIE NATIONALE AIR FRANCE, para quem o reclamante trabalhou durante trinta e quatro anos, objetivando a nulidade de rescisões contratuais, bem como da opção pelo FGTS e, ainda, os demais direitos amparados pela legislação trabalhista e pelo Estatuto de Pessoal da empresa francesa reclamada.

A 28ª JCM/RJ julgou procedente, em parte, a ação, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante as diferenças referentes ao FGTS que não foram depositadas em sua conta vinculada, inclusive acréscimos legais.

Ambas as partes interpuseram recurso ordinário; ao recurso ordinário da reclamada, o reclamante juntou recurso adesivo.

A 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, não conheceu do recurso adesivo, por incabível, e negou provimento

759

ao recurso do autor; por maioria, negou provimento ao recurso da empresa.

Interpostos recursos de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, foram ambos os apelos inadmitidos pela decisão de fls.96/97.

Ao agravo de instrumento, interposto pelo reclamante, foi negado seguimento pelo Ministro Relator, com base nas Súmulas n°s 221, 126 e 208, do TST (fl. 181).

A 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. Quanto à aplicação dos Estatutos da Empresa, assim se manifestou o voto condutor do acórdão:

"O acórdão revisando, interpretando o regulamento da empresa, concluiu:

... não sendo realmente o Rte. cidadão francês, não faz jus ao que pretende, relativamente à aplicação dos Estatutos do Pessoal em Terra da Rda."

A discussão pretendida é inviável, por força dos Enunciados n°s 126 e 208, porquanto para chegar-se a um entendimento contrário ao do Regional, necessário o reexame de provas e regulamento da empresa." (fl. 204)

lu

Inconformado, o reclamante interpôs recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegando que o acórdão recorrido violou a mesma Carta, ao não aplicar os estatutos da empresa francesa ao trabalhador nacional. Sustenta, em síntese, que:

a) o TRT, violando todo nosso sistema jurídico, privilegiou determinado empregado, em razão de sua nacionalidade (o francês em detrimento do brasileiro), sem qualquer diversificação objetiva, quer seja de produtividade, quer de local de prestação de serviços ou qualquer outra;

b) no caso, "há ofensa ao princípio constitucional da isonomia," no art. 153, caput, e § 1º, da Constituição Federal de 1967/69, não se tendo, pois, em nenhum momento, investido contra o campo regulamentar ou fático-probatório";

c) "houve, por outro lado, ofensa aos princípios da completa entrega de prestação jurisdicional devida pelo Estado e da ampla defesa em razão do trancamento do recurso principal, inscritos no art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal".

Contra-razões às fls. 225/231.

Inadmitido o recurso pela decisão de fl. 233, subiram os autos ao ser provido o agravo de instrumento, em apenso.

A ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, oficiando às fls. 241/245, opina no sentido de que o RE comporta conhecimento e provimento.

É o relatório.

mueller

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 161.243-6 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(S/PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - (Relator): O Tribunal Regional do Trabalho decidiu no sentido da inaplicabilidade, quanto ao recorrente, dos Estatutos do Pessoal da Empresa, a AIR FRANCE, uma empresa francesa, dado que o reclamante, ora recorrente, não é de nacionalidade francesa.

Interposto o recurso de revista, foi este inadmitido. O Tribunal Superior do Trabalho, ao manter citada decisão, deixou expresso, no acórdão, que resolveu os embargos de declaração, que "inocorre a pretendida lesão ao artigo 153, § 1º, da Carta Magna, de vez que a discussão pretendida é inviável pois prende-se em torno de norma regulamentar da empresa e de aspectos probatórios da demanda, cujo reexame é defesa nesta face recursal,..." (fl. 216).

01896040
04371610
02433000
01560360

A questão constitucional — art. 153, § 1º, da Constituição pretérita, ofensa ao princípio da igualdade — está, portanto, prequestionada.

No RE, sustenta-se, justamente, ofensa ao citado princípio: é que ao recorrente, por não ser francês, não obstante

trabalhar para uma empresa francesa, a ele não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa.

A questão é, pois, puramente jurídica: seria possível, tendo em vista o princípio isonômico, que a um empregado da empresa francesa, em território brasileiro, não fosse aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, só pelo motivo de o empregado não ser francês? Não há que se examinar, portanto, "aspectos probatórios", e o exame do Estatuto está jungido à questão constitucional.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 241/245, depois de deixar expresso, com acerto, que a única questão constitucional ventilada no acórdão recorrida é a inscrita no art. 153, § 1º, da Constituição pretérita, opina no sentido do conhecimento e provimento do recurso.

Destaco do parecer:

"(...)

5. Tudo posto, é de se lembrar que essa Excelsa Corte tem o seguinte entendimento, a propósito do princípio constitucional da ISONOMIA:

'A discriminação proibida é a que se funda em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do sujeito enunciados na Constituição, art. 153, § 1º.'
(Ag 110.846-1-AgRg-PR, Rel. Min. Célio Borja, in DJ de 05.09.86, p. 15.844)

6. Ora, as instâncias trabalhistas não se arrimaram em qualquer OUTRO fundamento — além do fato de NÃO ser o

Recorrente CIDADÃO FRANCÊS — para negar, ao empregado, a INTEGRAL "aplicação dos Estatutos do Pessoal em Terra da Rda."

7. Sendo essas as circunstâncias da causa, afigura-se forçoso concluir que a discriminação do Recorrente, frente a seus IGUAIS companheiros de trabalho, como autorizada pelo V. aresto combatido, está nitidamente fundada em ATRIBUTO, QUALIDADE, NOTA INTRÍNSECA do Recorrente, qual seja sua NACIONALIDADE!

8. Trata-se, então, realmente, de DISCRIMINAÇÃO então PROIBIDA pelo art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, como, aliás, continua sendo vedada, na atualmente vigente ordem constitucional, por força do que reza o art. 5º, caput, da Carta de 1988.

9. O parecer é, por conseguinte, de que o Recurso Extraordinário comporta conhecimento e provimento.

(...) (fls. 244/245)

O parecer é de ser acolhido na sua conclusão. É que o mérito da questão, em termos de procedência ou improcedência da ação, há de ser resolvido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento da revista.

O recurso extraordinário é de ser conhecido e provido, pois, para o fim de ser determinado o processamento do recurso de revista, julgando-o, o Tribunal Superior do Trabalho, como entender de direito. É que a questão constitucional acima indicada — violação ao princípio isonômico inscrito no art. 153, § 1º, da Constituição anterior, ou art. 5º caput, inc. I, da Constituição vigente — está devidamente prequestionada e, nos termos em que se apresenta, autoriza o processamento e o conhecimento da revista.

Nestes termos, conheço e dou provimento ao recurso extraordinário. *provido*

Supremo Tribunal Federal

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 161.243-6 DISTRITO FEDERALVOTO S/ PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O SR. MINISTRO MAURICIO CORRÊA: - Sr. Presidente, quanto ao prequestionamento, não tenho dúvida de que esse requisito está preenchido, como foi exaustivamente demonstrado pelo Min. Carlos Velloso, de modo a ensejar a vinda dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

Reconhecendo, portanto, a existência do prequestionamento, no que diz respeito ao mérito, se o Tribunal Superior do Trabalho teria de julgar a revista, ou não, a essa altura pouco importa; importa sim é que a **questio iuris** está posta nesta instância superior para que a decidamos. Assim sendo, tenho que devemos entrar no mérito do pedido e darmos a devida equação reclamada, sem a necessidade do retorno dos autos à instância de origem.

01896040
04371610
02433010
01590460

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIONº 161.243-6/210 - DISTRITO FEDERAL

V O T O

(S/PRELIMINAR DE CONHECIMENTO)

01896040
04371610
02433020
01350540

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - O TST, diferentemente do STJ, pode conhecer de recurso de revista por ofensa à Constituição; dessa decisão, sobre a ofensa à Constituição, cabe recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Com relação ao recurso especial, no STJ, a base do apelo não há de ser constitucional. Essa tem sido a orientação: decidir a questão constitucional e, desde logo, julgar a causa, quando do recurso extraordinário se conhece. Não há ver, aí, supressão de instância, sendo certo que o tema constitucional deve ser prequestionado na interposição do recurso de revista.

Se a matéria é infraconstitucional e o TST entendeu de não decidi-la, quando reiterada em embargos de declaração, cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal, pelo art. 5º, XXXV da Lei

Néri

RECURSO EXTRAORDINÁRIONº 161.243-6/210 - DISTRITO FEDERAL

Maior. Se estiver prequestionado o tema e o STF concluir que o Tribunal a quo deveria ter se manifestado sobre a questão, cassa o acórdão, por ofensa à norma maior aludida, e determina que a Corte a quo decida a matéria infraconstitucional. Mas, se a questão é constitucional, o Tribunal julga, desde logo, bastante esteja o tema constitucional devidamente prequestionado na revista. Daí, nesses casos, o STF conhecer do recurso e julgar o mérito da questão de índole constitucional.

Assim, conheço do recurso para enfrentar a questão constitucional.

769

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 161243-6 DISTRITO FEDERALRETIFICAÇÃO DE VOTO(S/PRELIMINAR DE CONHECIMENTO)

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, concordei com o raciocínio do eminente Ministro Carlos Velloso, mas o que me pareceu, como disse, é que tinha que se enfrentar o mérito, pois já estamos conhecendo da violação.

01896040
04371610
02433030
01590670

Entendo que se estamos enfrentando a tese da contrariedade ao princípio da isonomia - e admitimos que existe e a questão está prequestionada -, temos que partir para o julgamento da questão constitucional.

Assim, retifico o meu voto e acompanho o eminente Ministro Néri da Silveira, conhecendo do recurso para enfrentar a questão constitucional.

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 161.243-6 DISTRITO FEDERAL01896040
04371610
02433040
01560780V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - Sr. Presidente, vencido na preliminar, passo a proferir o voto de mérito.

No voto que proferi quando do julgamento do MS 21.154-DF, lembrei que a prática da igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como ensinava Aristóteles.

No efetivar esse tratamento, entretanto, é que surgem as dificuldades, dado que é preciso estabelecer, registra o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, quem são os iguais e quem são os desiguais. ("O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", pág. 15).

O tema foi versado por mim, Sr. Presidente, por mais de uma vez. No antigo Tribunal Federal de Recursos, quando do julgamento da AMS 79.839-RJ, reporteime à sentença que proferi, como Juiz em Minas, em que examinei a inconstitucionalidade da Lei 5.465, de 1968, que concedera privilégio a agricultores e filhos destes para matrícula nas Escolas Superiores de Agricultura e

Veterinária mantidas pela União (Revista do TFR N° 60, pág. 126). No já citado MS N° 21.154, a questão foi novamente posta (RTJ 155/440).

No despacho que proferi em diversos agravos e recursos extraordinários - por exemplo, o Agravo 153.333-SP - que cuidavam da isenção do imposto sobre operações de câmbio, instituída pelo art. 6°, do Decreto-lei 2.434, de 1988, nas operações realizadas para pagamento de bens importados cujas guias foram emitidas após 1° de julho de 1988, declarei que a citada norma concessiva da isenção parecia-me ilegítima sob o ponto de vista constitucional, porque tratava ela desigualmente a iguais, dado que não me parecia existir "correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele" (Celso Antônio Bandeira de Mello, "O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", pág. 37).

É que a "discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de *supedâneo*", ou, noutras palavras, "a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houve adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria

diferenciada". (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., págs. 47/50).

Examinemos o caso em julgamento.

Aqui, deixou-se de aplicar, em relação ao empregado, ora recorrente, o estatuto da empregadora, que concede vantagens aos empregados, ao argumento puro e simples de que ele não seria aplicável porque o empregado não era de nacionalidade francesa, mas brasileira. Não se considerou, todavia, que a prestação de serviço realizava-se no Brasil, sujeita a empresa às leis brasileiras, convindo registrar que na empresa havia empregados franceses e brasileiros, todos empregados da mesma empresa, certo que não se reservava aos franceses um certo tipo de trabalho diferente do trabalho praticado pelos brasileiros. Noutras palavras, os empregados franceses não exerciam tarefas típicas, em relação aos brasileiros. Brasileiros e franceses, empregados da empresa francesa sujeita às leis brasileiras, não exerciam, uns em relação a outros, tarefas diferentes, ontologicamente, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação a outros. Não há, aliás, nos autos, uma só palavra a esse respeito. O fator desigualizador foi, não custa repetir, apenas isto: a nacionalidade.

Em síntese, no caso, o elemento usado para desigualar é simplesmente singularizador do destinatário; acresce que não há conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado

e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado, afinidade com o sistema normativo vigente. A existência desses três fatores é que autorizaria a desigualação. (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit.).

Aquí, bem lembrou a Procuradoria-Geral da República, no parecer, o *discrímen* fundou-se em atributo, qualidade, nota intrínseca do Recorrente, qual seja a sua nacionalidade. O fator utilizado, entretanto, torna ilegítima, sob o ponto de vista constitucional — CF/67, art. 153, § 1º, CF/88, art. 5º, **caput** — a discriminação, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Ag 110.846- (AgRg) -PR, Relator o Sr. Ministro Célio Borja:

"Princípio da isonomia. Não é vulnerado quando a mesma parte, em causas idênticas e processos distintos julgados pelo mesmo Tribunal, recebe decisões diversas. A discriminação proibida é a que se funda em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do sujeito enunciados na Constituição, art. 153, § 1º. Agravo regimental negado." (RTJ 119/465).

No caso, porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república.

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para o fim de julgar procedente, no ponto, a reclamação trabalhista.

Luciano

774

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 161243-6 DISTRITO FEDERAL**V O T O**

SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, uma empresa, quando vem se instalar no Brasil, quando consegue permissão para funcionar no ramo do transporte aéreo, tem que se submeter à legislação brasileira, que presume ser de seu conhecimento.

Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é de igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.

01896040
04371610
02433050
01590880

Assim sendo, acompanho o eminente Ministro-Relator na sua conclusão, conhecendo do recurso e lhe dando provimento, nos limites do que foi excepcionado pela não aplicação do estatuto da empresa, no Brasil, com relação ao recorrente.

Supremo Tribunal Federal

29/10/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIONº 161.243-6/210 - DISTRITO FEDERAL

V O T O

01896040
04371610
02433060
01350960

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): -

Estabelece a Constituição em vigor, reproduzindo nossa tradição constitucional, no art. 5º, caput:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade."

No genérico âmbito do conceito de propriedade, compreendem-se os chamados direitos econômicos e direitos salariais.

De outra parte, no que concerne aos direitos sociais, nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal, qualquer discriminação decorrente - além, evidentemente, da nacionalidade - de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa maneira, nosso sistema constitucional é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador. No que concerne ao estrangeiro, quando a Constituição quis limitar-lhe o acesso a algum direito, expressamente estipulou. Assim, quando a própria Constituição estabelece que determinados cargos só podem ser providos por brasileiros natos, enquanto outros,

Néri

*Supremo Tribunal Federal*RECURSO EXTRAORDINÁRIONº 161.243-6/210 - DISTRITO FEDERAL

por natos ou naturalizados, certo que estrangeiros, naturalizados brasileiros, nacionais brasileiros passam a ser. Quando a Constituição quis fazer essas discriminações, ela o fez. Mas, o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em consequência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere em território nacional, estabelecer discriminação decorrente de nacionalidade para seus empregados, em regulamento de empresa, a tanto correspondendo o estatuto dos servidores da empresa, tão-só pela circunstância de não ser um nacional francês. Essa consideração parece-me suficiente para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, no sentido de proceder o recurso do reclamante e ver a ele aplicável, também, o estatuto da empresa estrangeira, de cuja abrangência foi excluído, pela só-razão de não ser francês. Nosso sistema não admite esta forma de discriminação, quer em relação à empresa brasileira, quer em relação à empresa estrangeira.

Assim, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, conhecendo do recurso por ofensa ao princípio da isonomia, que compreendo devidamente prequestionado, e lhe dando provimento para determinar a aplicação ao reclamante do estatuto da recorrida.

J. Néri

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 161.243-6**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

RECTE. : JOSEPH HALFIN

ADV. : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS E OUTROS

RECDO. : COMPAGNIE NATIONALE AIR FRANCE

ADV. : FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

Decisão: Preliminarmente, a Turma conheceu do recurso para examinar desde logo a questão constitucional, relativa à ofensa ao princípio da isonomia, vencido em parte o Senhor Ministro Relator, que conhecia do recurso extraordinário e determinava retornassem os autos ao Tribunal Superior do Trabalho para que julgasse a questão de mérito sobre a ofensa ao princípio da isonomia. Prosseguindo no julgamento, a Turma, examinando o mérito da questão constitucional, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para determinar a aplicação ao recorrente do estatuto da empresa, nos termos solicitados na inicial, o que se apurará em liquidação de sentença. Ausente justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pelo recorrente o Dr. Roberto de Figueiredo Caldas e, pela recorrida, o Dr. Fernando Neves da Silva. 2ª Turma, 29.10.96.

01896040
04371610
02434000
00001080

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.
Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Wagner Amorim Madoz
Secretário

ANEXO IV

SENTENCIA DEFINITIVA No.171/2008

TRIBUNAL DE APELACIONES DE TRABAJO DE PRIMER TURNO.

MINISTRO REDACTOR: DRA. ROSINA ROSSI.

**MINISTROS FIRMANTES: DRA. DORIS MORALES. DRA. ROSINA ROSSI.
DR. JULIO POSADA.**

Montevideo, 26 de agosto de 2008.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados "Suarez Corrales, Gervasio y otros c/ Olivera Diniz, Elbio Fernando y otros. Juicio laboral. "IUE 329-647/2004, venidos a conocimiento de la Sala en virtud de los medios impugnativos interpuestos contra la N. 54/2007 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Rivera de 3er. Turno, Dra.María del Carmen Corujo.

RESULTANDO:

1. El recurso de apelación fue introducido por cada uno de los contendientes - actor y cada uno de los dos codemandados - y, sustanciados, fueron concedidos y franqueados, ingresando los autos a este Tribunal el 12.11.2007.

2. La Sala , en función de los puntos que constituyen el objeto de la alzada, y constando antecedentes jurisprudenciales sobre la mayor parte de los puntos en debate, ha optado por expedirse en decisión anticipada. (art. 200.1 CGP)

CONSIDERANDO:

1. Con el número de voluntades legalmente requeridas, confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia.

2. La atacada en lo medular falló:

" Haciendo lugar parcialmente a la demanda y condenando:

- a Fernando Olivera y a Colonvade SA. como responsables directos a abonar ficto de alimentación y vivienda, salarios impagas, feriados trabajados, horas extra, aguinaldo, licencia y salario vacacional, los que serán liquidados por el procedimiento del art. 378 del CGP conforme lo expresado en los considerandos, e indemnización por despido común y especial según el siguiente detalle a:

Gervasio Suárez: ficto de alimentación y vivienda, feriados trabajados, horas extra, aguinaldo , licencia y salario vacacional e IPD.

Never Rodríguez: ficto de alimentación y vivienda, salarios impagos, feriados, horas extra, aguinaldo, licencia y salario vacacional, IPD.

Mario Ferrón: ficto de alimentación y vivienda, feriados, horas extra aguinaldo.

Idilio Pereira: ficto de alimentación y vivienda, feriados, horas extra, aguinaldo.

Miguel Bentaberry: ficto de alimentación y vivienda, feriados, horas extra, aguinaldo, licencia, salario vacacional, IPD común y especial.

Hubo Acosta: ficto de alimentación y vivienda, aguinaldo, licencia, salario vacacional, IPD común la que deberá liquidarse por el procedimiento del art. 378-

Ruben Rivera: ficto de alimentación y vivienda, feriados, horas extra, aguinaldo , licencia y salario vacacional e IPD común.

Héctor Mendoza: ficto de alimentación y vivienda, feriados, horas extra, aguinaldo, licencia, salario vacacional e IPD.

José Carlos Do Carmo: ficto de alimentación y vivienda, feriados, horas extra, aguinaldo , licencia , salario vacacional e IPD.

Julio Bentaberry: ficto de alimentación y vivienda , feriados, horas extra, aguinaldo, licencia y salario vacacional, IPD común.

Fredy Armúa: ficto de alimentación y vivienda, salarios impagos, feriados, horas extra, aguinaldo, licencia, salario vacacional e IPD común.

Debiendo descontarse de la liquidación la suma abonada por los demandados de \$15.750..."

Ambas partes dedujeron recurso de apelación.

La codemandada Colonvade S.A., agraviándose de la solución adoptada por la sentencia respecto de los siguientes puntos: legitimación pasiva, horas extra, tiempo de traslado, salario de Rodríguez y Armúa; salario, condena de futuro, ficto de alimentación y vivienda, licencia, salario vacacional y aguinaldo; feriados, despido, daños y perjuicios, errónea valoración de la prueba.

La parte actora hizo lo propio agraviándose de lo fallado respecto de los siguientes puntos: número de días trabajados y horas extra.

La codemandada Olivera, se agravió por la condena en : ficto de alimentación y vivienda, salarios y jornales trabajados, y daños y perjuicios.

3. El caso.

Bajo los límites de los puntos que han abierto la instancia y a efectos de construir la fundabilidad de la decisión , se reseñarán las particularidades de la contienda .

Gervasio Suarez, Never Rodríguez , Mario Ferrón Odlio Pereira, Miguel Bentaberry, Hugo Acosta, Ruben Rivera, Héctor Mendoza, José cCarlos Do Carmo , Julio Bentaberry y Fredy Armúa, pretendieron la condena a los codemandados por un elenco de rubros laborales, expresando que se habían desempeñado cumpliendo distintas funciones vinculadas a la explotación de bosques - peones, podadores - en campos de propiedad de Colonvade S.A. .

Argumentaron la responsabilidad principal de ambos codemandados por conformar un empleador complejo, y en forma subsidiaria y al amparo de lo dispuesto por el art. 3 de la ley 10.449 , la correspondiente al fenómeno de la subcontratación respecto de Colonvade S.A..

El codemandado Elbio Fernando Olivera , sin perjuicio de admitir la relación de trabajo invocada, destacó su relación comercial a través de varios contratos de arrendamiento de servicios con Colonvade S.A., y basándose en ello, defendió la falta de legitimación pasiva de ésta.

Además, repelió la acción cuestionando el relato fáctico realizado por los accionantes. (períodos de vinculación, forma de retribución y monto del salario, pago de alimentación y alojamiento, motivos de ceses, número de jornales trabajados.)

Colonvade S.A., por su parte, invocó su falta de legitimación pasiva, como responsable principal o subsidiario, sosteniendo que había tercerizado servicios con varias empresas a través de contratos de arrendamiento de servicios, una de ellas, la de Elbio Olivera. En base a ello y señalando no haber tenido participación en los hechos alegados por los actores, respecto de las pretensiones concretas de condena planteó respuesta de expectativa.

4. Hecho nuevo.

Ya abierta la alzada, la codemandada Colonvade S.A. alegó un hecho que calificó como nuevo y al amparo del art.121.2 del CGP, ofreció probarlo.

Invocó como hecho nuevo un dictámen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo producido en una acción de nulidad que dijo seguir contra una resolución ficta del M.T.S.S. ante su petición de declaración de que los trabajadores forestales carecen de derecho a la limitación de la jornada.

La Sala no hará lugar al petitorio en el entendido de que no se trata de un hecho con influencia en el derecho invocado por las partes, sino de una opinión jurídica.

Empero al no haber sido ofrecida como tal, se ordenará desglosar y devolver el documento que la contiene y que fuera glosado por la parte oferente.

5. El ofertorio de prueba en segunda instancia.

El codemandado Colonvade S.A ofreció el diligenciamiento de prueba cuyo objeto apuntaría a determinar la fecha de egreso del coactor Mario Ferrón ocurrida en el curso del proceso.

Sin perjuicio de que la parte contraria no dedujo oposición, dos son los fundamentos para no admitirla. El primero que el dato que se dice nuevo, fue conocido por las

partes en el curso de la instancia anterior, como surge del informe glosado a fjs. 494.

El segundo, que en su caso el punto que se pretende acreditar, resultaría trascendente a la hora de la liquidación de la sentencia , pero no en la presente etapa de conocimiento.

6. Análisis de los agravios deducidos por los recurrentes.

6.1. La legitimación pasiva de Colonvade S.A.

Colonvade S.A expresó agraviarle del rechazo de su excepción de falta de legitimación pasiva , reprochando a la sentencia la invocación de una tesis ilegal e irracional basada en la figura del empleador complejo. Y reiteró para fundar la revocatoria, que había tercerizado un área de sus negocio a través de una verdadera relación comercial instrumentada por contratos de arrendamiento de servicios con la empresa independiente de Elbio Olivera.

Pues bien, antes de ingresar en la sustentabilidad de los agravios, la Sala entiende que debe aclarar que en realidad y al menos al tiempo de producción de los hechos que dieron lugar al conflicto entre las partes - ya que al dictarse la presente se encuentran vigentes las leyes 18.099 y 18.251- no existía en el ordenamiento jurídico nacional ley alguna que se ocupara directa y expresamente, de regular las figuras del empleador complejo y de la tercerización .

Y ello debe señalarse en la medida que el reproche de ilegalidad del recurrente a la sentencia, fincó en la ausencia de regla legal que reconociera la figura del empleador complejo y por ende en el alcance de la responsabilidad adjudicado.

Pero la ley, antes del año 2007 tampoco regulaba las "tercerizaciones" , y el fenómeno acaecía en los hechos - como el propio recurrente reivindicó- y por tal ausencia nada autorizaba a deslegitimarlas a priori. Ello por cuanto, la descentralización empresarial no constituía en el Uruguay una categoría jurídica sino un fenómeno de carácter económico, una forma de organización de las actividades de la empresa(

Castello, Alejandro. Régimen jurídico de la subcontratación e intermediación laboral. Pag. 17), un proceso mediante el cual una empresa transfiere a otra tercera independiente, parte de su actividad.(Fernández Brignoni, Hugo. Gauthier, Gustavo. La tercerización y el Derecho del Trabajo. En RDL N. 186 pag. 390)

Ahora bien. Respecto de la figura del empleador complejo, cabe señalar que, sin poder ser vinculada a una ley que la regule, se ha construido sobre la base de los principios protector y de primacía de la realidad que, conforman en buena parte la columna vertebral del Derecho del Trabajo. Y que además ha sido elaborado por muy prestigiosa doctrina (Castello, Alejandro. Responsabilidad solidaria en el Derecho del Trabajo. Pag. 135-138) y recogido por la jurisprudencia. Entre otros fallos, de esta Sala con anterior integración recogida en AJL 1998 - 1991 caso 562 analizado en reciente sentencia N. 273/2007)

Pretender desconocer la figura del empleador complejo (fjs. 674) bajo el expediente de la inexistencia de norma alguna que lo consagre, importa, una postura positivista a ultranza paradigma de tiempos perimidos y el desconocimiento de las bases constitucionales protectoras que han dado origen y desarrollo a la disciplina Derecho del Trabajo y a la labor creativa con el mismo designio, de la doctrina y de la jurisprudencia. Ello por dos razones. La primera, porque los principios cumplen un papel informador de todo el ordenamiento jurídico, en tanto expresan los postulados, valores y principios éticos arraigados en la conciencia social cuya vigencia el juez puede constatar mediante mecanismos técnicos que evitan el puro subjetivismo o la arbitrariedad de la decisión.(Van Rompaey, Leslie. Hacia una jurisprudencia principialista. En Rev. De Derecho N. VI de la Universidad Católica. Pag. 178)

La segunda, porque el mandato constitucional protector protector del trabajo - arts. 53 y sgtes. - no solo va dirigido al legislador, sino también a los operadores jurídicos. Entre ellos, sin duda al juez en la labor de solución de conflictos a través de la aplicación de las reglas del universo jurídico.

6.1.1. La autonomía de la voluntad de los sujetos involucrados en el caso de autos.

El primer punto que debe plantearse el decisor en un debate como el de autos en el que està en juego la calificación del vínculo jurídico y por ende el Derecho que regula sus relaciones y las relaciones con terceros dependientes, reside en cuestionarse acerca de la libertad - la mayor o menor medida de èsta , o la existencia de libertad en si misma - que poseen los sujetos cuando pretenden pactar para servirse de trabajo humano dependiente.

Pues bien. El bloque de constitucionalidad contiene una batería de normas de claro corte protector para quien presta trabajo; pero tambièn otras especialmente protectoras cuya reglamentación ademàs se encuentra particularmente encomendada al legislador , para quien presta trabajo para otro en relación de dependencia.

Ello explica el carácter de orden público de las normas de Derecho del Trabajo: herramienta indispensable que utiliza el Estado para asegurarse que, a través de la reglamentación por el ordenamiento jurídico inferior y su aplicación por los particulares - cuya autonomía de la voluntad se verá marginada - , habrá de realizarse plenamente el derecho humano fundamental que el bloque de constitucionalidad reconoce. (Garmendia, Mario. Orden Público y Derecho del Trabajo. pag. 79)

Entonces, aisladamente consideradas estas últimas , podría deducirse que, quien se encuentra en tal situación - de dependencia - no podrá verse marginado de tal protección, ni por obra del legislador, ni por obra de su renuncia, ni por obra del acuerdo directo con quien se sirve de la prestación comprometida, ni , en caso de varios beneficiarios por el acuerdo entre ellos.

Carecería de sentido que el texto constitucional, por un lado prometiera determinada protección al trabajador dependiente y por otro, se admitiera ilimitadamente que la protección quedara desplazada por simple acuerdo entre particulares beneficiarios del servicios.

Cabe cuestionarse entonces, si es posible dejar librado a la voluntad de los sujetos que directa o indirectamente se

sirven del trabajo ajeno, la forma contractual y como consecuencia directa el desplazamiento de la protección constitucional. Esto es, situar la cuestión en la etapa de la creación del vínculo jurídico . ¿Pueden tales sujetos validamente pactar trabajo humano bajo cierta forma jurídica que desplace la regulación del Derecho del Trabajo cuando éste contiene un estatuto protector del sujeto que sirve ese trabajo ?

El punto no puede resolverse aplicando aisladamente el estatuto protector del trabajador dependiente , en la medida que justamente, en ello reside el cuestionamiento que se intenta resolver : si los sujetos pueden desplazarlo.

Debe resolverse a la luz de todo el texto constitucional.

En tal sentido , no pueden soslayarse los preceptos contenidos en los arts. 7 y 10 de la Carta. El primero, que en su inciso final admite la limitación de la garantía de protección en el goce del trabajo -entre otros bienes - por ley dictada por razones de interés general. Y el segundo, que que sienta el principio de libertad .

O sea , por un lado el estatuto especialmente protector del trabajo humano dependiente y por otro el principio de autonomía de la voluntad de los sujetos que los habilitaría pactar entre ellos y utilizar trabajo humano bajo formas jurídicas que no importaran en todos los casos vinculación directa.

Los dos principios de jerarquía constitucional.

Este es el punto en el que se resume la controversia inicial respecto de la legitimación pasiva y la eventual responsabilidad de Colonvade S.A., principal o subsidiaria.

Ahora bien.

La labor del juez, ante el tenor del debate señalado, se encuentra comprometida al máximo en la medida que se enfrenta a solucionar la tensión entre dos principios emanados de la Carta.

El decisor està llamado a ponderar valores de la màs alta garantía de protección del sistema y habrá de protagonizar una elección axiológica con efectos para el caso concreto. Si es que nunca, - en un derecho como el nacional

en el que el bloque de constitucionalidad inunda e irradia la regulación de todas las relaciones jurídicas- , el juez puede desempeñar un papel ascéptico, mucho menos cuando resuelve un conflicto entre principios. Por cuanto la decisión traerà aparejado que uno de ellos se energice, viva y respire y el otro se vea postergado en la concreta solución del caso. De allí que la técnica habitual de la subsunción no resulte suficiente en la medida que los hechos de la causa habrán de encastrar en los supuestos fácticos de una y otra regla. Deberà acudir a un método complementario: la ponderación. Ahora bien. El juicio de ponderación en una batalla de principios, reclamarà inexorablemente y con mucho mayor solidez que en otros debates, una decisión fundada, en fin, comprometida como único mecanismo para que, con legitimidad, un principio ceda ante otro. En definitiva los *por què* de la decisión, determinarán la *legitimidad* de la decisión. (Rossi, Rosina "Dialèctica ocupación - desocupación. La acciòn de amparo y residualidad." en XVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pag. 421; "El rol del juez laboral, ¿se modifica en el anteproyecto de ley elaborado por la Comisión designada por la Suprema Corte de Justicia? Editado en cd del evento académico . 6.6.2008.)

En el juego de los principios "protección especial del trabajo dependiente" y " autonomía de la voluntad" de los sujetos que directa o indirectamente se benefician con tal trabajo, debe reclamarse la existencia de un mecanismo que asegure que el ejercicio de tal libertad de contratar, no termine desmoronando la construcción normativa protectora del trabajo humano.

¿Còmo se traduce este planteo en el caso de autos ?

En detectar la existencia de una real independencia entre quienes aparecen contratando - Colonvade S.A. y Elbio Olivera - y las razones y ventajas que hubieran explicado que uno de los eslabones del proceso productivo realizado por la primera - matanza de hormigas, poda, raleo- se externalizara a través de la contratación de del segundo. Claro está, razones distintas que el ahorro de costos logrado a través de la desprotección de los trabajadores empleados para ello.

En concreto. Elbio Olivera y Colonvade S.A podían legítimamente y con fundamento en el art. 10 de la Constitución pactar la realización de obras y Elbio Olivera cumplir con la obligación contractual a su vez sirviéndose de trabajo humano , reclutándolo, organizándolo, retribuyéndolo y corriendo con los riesgos típicos de un empleador.

Empero, ello no podía importar, ni de hecho ni de derecho, el desplazamiento de la protección constitucional y desde ella, la del ordenamiento inferior, del trabajo humano dependiente.

Como expresan Garmendia y Gauthier, la descentralización empresarial constituye un recurso lícito del empresario en el marco del ejercicio del derecho o la libertad de comercio o empresa generalmente consagrado a nivel consitucional, pero tal ejercicio no puede ser ilimitado como ocurre con el resto de los derechos y libertades consagrados al más alto nivel,, sino que puede y deber reconocer limitaciones derivadas de la existencia de otras esferas de derecho también reconocidos al mas alto nivel que sea menester salvaguardar.

Pero aún admitiéndolo, agregan los autores, solo podrían considerarse lícitas aquellas situaciones de descentralización empresarial que no provoquen un menoscabo infundado en los derechos y condiciones laborales de los trabajadores involucrados. La invalidez o ilicitud en este caso, no se relaciona con un mero incumplimiento formal en el vínculo entre las empresas o el encubrimiento de unas relaciones de trabajo bajo formas contractuales independientes, sino que se vincula con las causas mismas o el fondo de la decisión empresarial. Cuando se constate que los ahorros o beneficios de la empresa que descentralizar parte de su actividad no tenga otra explicación que el incumplimiento de las normas laborales y de seguridad social o el pago de los salarios inferiores sin justificación objetiva, aún tratándose de empresas indiscutiblemente independientes y autónomas, ambas prodrán ser responsables ya que ambas de algún modo habrán participado en el mismo. (Tercerizaciones. Pag. 47)

Entonces, estando a las proposiciones de las partes habría de analizarse si Colonvade S.A. y Elbio Olivera se

beneficiaron directamente del trabajo humano prestado por los accionantes y en base a ello su responsabilidad principal como se planteó en la demanda, o , si entre ambos, Colonvade S.A. y Elbio Olivera , existió un real contrato comercial de arrendamiento de obra entre empresas totalmente independientes (tercerización) y que ello no importó en los hechos un mero tráfico de trabajo humano abaratado por la presencia contractual de Elbio Olivera.

6.1.2. De allí que lo que cuente para ubicar la relación jurídica en una u otra área no sea la calificación del negocio irrogada por las partes sino los hechos actuados por estas que eventualmente ilustren los parámetros señalados.

En tal sentido, se acompaña prestigiosa doctrina y jurisprudencia que la entienden irrelevante. La calificación contractual "no se encuentra en el ámbito de libertad de las partes de un negocio jurídico (autonomía privada), esto es, no es calificable por las partes del contrato. Se trata de la operación que se encuentra dentro de la competencia textual del juez. No son las partes quienes pueden decidir que normas generales rigen el contrato, sólo tienen competencia para la creación de normas particulares. El juez en consecuencia, no está obligado a calificar al contrato como lo han hecho las partes en el propio contrato. (Mariño, Andrés. "La interpretación judicial del contrato en el derecho uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil." en ADCU T.XXVIII pag. 616; ADCU T.XI caso 130)

La voluntad de los contrayentes habrá de tenerse en cuenta (art. 1298 del C.Civil) pero en íntima conexión lógica con lo que resulte del contenido obligacional del contrato. Y tal contenido obligacional surgirá, no sólo de lo pactado, sino también y en relación armónica con los hechos posteriores de los contrayentes. (art. 1301 C.Civil)

Simplificando la cuestión, no alcanzaría con lo que *quisieron* sino, que resultaría imprescindible apreciar lo que *hicieron*.

Trasladando tales conceptos a caso de autos: ¿cómo actuaron Elbio Olivera y Colonvade S.A respecto de los trabajadores dependientes?

6.1.3 Para apreciar lo que hicieron los sujetos, deben focalizarse los hechos resulten de la prueba de autos.

Entonces, cabe determinar ,primero la distribución de la carga probatoria y después , la evaluación de tal actividad en el proceso, pero, vinculada estrictamente a lo categóricamente controvertido.

6.1.4. La distribución de las cargas probatorias.

Debe tenerse presente que las reglas de distribución de las cargas probatorias se encuentran previstas por el art. 139.1del CGP. Como esta norma debe leerse e interpretarse de forma completa, se deducen cargas probatorias que en el caso gravaban no solo al actor sino también a la demanda.

En función de ello y atendiendo a los planteos de los contendientes, al actor incumbía probar aquellos hechos reveladores de la calidad de empleador de quien lo había negado, esto es , de Colonvade S.A., y a ésta, su vinculación con Elvio Olivera así como su desvinculación funcional con la ejecución del servicio realizado por los reclamantes.

De allí que interese considerar no solo lo que se probó sino también lo que no se probó y valorarlo en conjunto a la luz de las respectivas cargas.

6.1.5. La prueba reunida en autos.

La información de autos da cuenta de la existencia de dos empresas con estructura formal independiente, pero entre ellas, funcionalmente dependientes.

Un elenco de hechos ilustrados sustentan la deducción.

Todo el trabajo humano prestado por los reclamantes se llevó a cabo en campos de Colonvade S.A. y vinculado a la actividad en los bosques.

El giro de Colonvade S.A. es la actividad forestal.

Colonvade S.A impuso tanto en la programación contractual con Elbio Olivera (contratos y Manual de Campo) como en la etapa de ejecución , todas las condiciones de realización del trabajo. La versión testimonial de personas que dieron buena razón a sus dichos, resultó ampliamente ilustrativa del punto (Morales, Navarro, Rodríguez , Camargo, Trindade , Bravio)

Controló directamente y en detalle su ejecución de la actividad. Debe verse por un lado que según versión de los controladores dependientes de Colovade S.A. según su admisión, ello se hacía a través del capataz(fjs. 530-544) , pero en la de otros testigos(fjs. 443, 445 465) , directamente de los controladores a los trabajadores. En realidad, la interposición del capataz o incluso de Olivera no hace a la sustancia y a la fuerza convictiva que se deduce de la apreciación en conjunto de la información probatoria en el sentido de que , capataz mediante o no, el autor material de la planificación , organización, y control del trabajo, era Colovade S.A. Ello, como viene de decirse se deduce tanto de la prueba documental que versa sobre la programación del vínculo entre los codemandados como de la prueba testimonial.

En adición, Elbio Olivera acudía al lugar de ejecución del trabajo una o dos veces por semana o por quincena (fjs. 442, 446, 465). Pero y quienes realizaban el control a diario, eran los controladores de Colovade S.A. (fjs. 530-544)

También se relevan otros datos sintomáticos: Uno, que según la información documental glosada por Colovade S.A se habrían celebrado sucesivos contratos de arrendamiento de obra con Elbio Olivera (fjs. 111 a 149) , el más antiguo en el mes de febrero de 2003 , empero las condiciones de la contratación identificadas como " Términos y condiciones del contrato de obra" se encuentra fechada el 2.1.2004. (fjs. 109)

Otro dato sintomático consiste en la falta de explicación razonable de ciertos datos: El coactor Miguel Bentaberry afirmó haber comenzado a trabajar para los codemandados en el mes de mayo de 2002 y el codemandado Elbio Olivera controvertiéndolo situó el inicio del vínculo en el mes de junio de 2002 y no dijo que Bentaberry hubiera trabajado en otros campos que no fueran los de Colovade S.A., (fjs. 96). Empero, del año 2002 no se releva en autos contrato de arrendamiento alguno entre Elbio Olivera y Colovade S.A. Algo similar ocurre con el coactor Héctor Mendez quien afirmó haber empezado a trabajar en el mes de

febrero de 2002 , Elbio Olivera situó la fecha de inicio el 22.1.2002 (fjs. 97) , pero como se ha dicho , del año 2002, no se relevó contrato alguno entre las codemandadas.

6.1.6. Lo que no se probó en autos.

No se ilustró en cambio cuáles eran y qué entidad tenían los instrumentos de trabajo costeados por Elbio Olivera, ya que los esenciales corrían por cuenta de cada trabajador.

No se probó qué aspecto de la realización del trabajo, era el organizado por Elbio Olivera, ya que toda la prueba de autos ilustró que la planificación , ejecución y control de la actividad corría por cuenta de Colonvada S.A. y sus dependientes .

No se probó que Elbio Olivera corriera con algún riesgo empresarial.

No se probó que efectivamente el servicio de transporte fuera costeadado por Elbio Olivera.

No se probó que tuviera solvencia económica como para sostener una empresa que ocupara trabajadores con salarios importantes. Por el contrario, se probaron sus condiciones de vida que lo perfilaron más que como un empresario, o aún un pequeño empresario , como un trabajador más. (fjs. 465)

No se probó cuál era la estructura de la empresa de Elbio Olivera: quien controlaba la ejecución de los trabajos prestados por los reclamantes que no fueran los controladores de Colonvade S.A. , ya que Olivera acudía al bosque una o dos veces por semana.

No se probó que Elbio Olivera con su empresa de servicios los prestara a otras empresas distintas a Colonvade S.A. Al contrario de ello, la mera correlatividad numérica de las facturas incorporadas por Colonvade S. A. y ni siquiera ofrecidas por aquel , hacen presumir que solo trabajaba para ésta.

Y Colonvade S.A. tampoco respaldó sus dichos acerca de que había contratado con Elbio Olivera, pero también con otras empresas (fjs. 211 vlto.)

Finalmente, y aún estando a la versión de la codemandada, ni probó ni explicó la razón por la cual siendo una empresa dedicada a la forestación (su afirmación de fjs.

211) instrumentó la realización de una serie de actividades humanas vinculadas a su giro, a través de Elbio Olivera y no directamente.

¿Cuál fue la explicación razonable? ¿Qué buscaba ? ¿Por qué precisaba de Elbio Moreira?

Debe considerarse que las respuestas a tales cuestionamientos resultaban imprescindibles para admitir que - aún en el mejor de los casos para la posición procesal de Colonvade S.A. - un pequeño empresario totalmente dependiente económica y funcionalmente , se erigiera en único empleador y así , se hiciera peligrar la suerte de los créditos laborales de los empleados.

Entonces, puede deducirse que la fuerza convictiva de la prueba reunida, no resultó desestabilizada al evaluarse la prueba de los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión. (art. 139 CGP) .

6.1.7. En definitiva, el cúmulo de los hechos afirmados , controvertidos y probados, los no afirmados, y los no afirmados y no probados, ambientan la reproducción de un vínculo signado por la dependencia real ,de hecho, económica y funcional, entre Elbio Olivera y Colonvade S.A. y entre los reclamantes y ésta.

Vale decir que, a pesar de la formalidad documental presentada, puede reconstruirse , a partir de la información de autos, que en los hechos, Elbio Olivera reclutó a los trabajadores, pero estos no trabajaron en relación de dependencia con él, sino con Colonvade S.A. que, planificó, organizó y controló la ejecución de la actividad laboral en los campos de su propiedad.

De allí que la Sala entienda, que en el caso de autos sobre la base de la información probatoria reunida conforme lo analizado, Colonvade S.A y Elbio Olivera actuaran en los hechos como empleadores de los reclamantes, o sea , conformaran la figura del empleador complejo.

Y como se analizara extensamente en la sentencia de la Sala N. 273/2007, la condena a ambos se funda no en la solidaridad sino en la indivisibilidad de las obligaciones laborales (arts.1375 y 1376 C.Civil), que en los hechos

opera con los mismos efectos que la solidaridad: todos los integrantes de la figura compleja son responsables por todo.

Por cuanto viene de analizarse , se desestimará el agravio confirmándose la solución sobre el punto adoptada por la sentencia de primera instancia.

6.2. Horas extra.

La Sala al respecto mantendrá el criterio sustentado en sentencias Nros. 181 y 273/2007.

Dedujeron agravio sobre el punto la parte actora y los dos codemandados.

El agravio de la parte actora se refirió al número de horas extra (fjs. 720 y sgtes.); el del codemandado Colonvade S.A fincó en dos aspectos: uno de derecho y otro de hecho.(fjs. 691 vlto.); y el del codemandado Elbio Olivera, la valoración de la prueba sobre la extensión de la jornada(fjs. 727 vlto.)

Debe indicarse primero, que el recurso del coactor Elbio Olivera , no realizó una crítica razonada y puntual de la sentencia que pretendió atacar.

En efecto. No aportó ni un fundamento en contestación a lo resuelto sobre la base de análisis puntual de los medios probatorios concretamente producidos en autos , sino que se limitó a plantear una mera aspiración de lograr la revocatoria, simplemente reiterando afirmación ya realizadas. No se trata de que el recurrente comparta o no , sin más , las conclusiones de la sentencia, sino que en caso negativo está gravado con la carga de expresar los motivos y fundarlos en elementos que surjan de autos. Y, si se trata de diferencias probatorias , se trata de fundarlos en medios probatorios diligenciados que habrá de identificar y evaluar.

El señalado proceder del apelante se aparta de la regulación del recurso que reclama "escrito fundado" . Escrito fundado significa la refutación puntual de los argumentos - fácticos o jurídicos, o ambos - con cimientos, de la misma naturaleza, contrarios y con una lógica apuntada a su modificación. No se trata de plantear la mera disconformidad con la sentencia , o pretender la revisión de

la instancia .(Vescovi.Derecho Procesal Civil T.IV. pag. Ed.1985 pag. 111,112)

Y , como se ha dicho , el escrito de apelación de autos no hace más que plantear una aspiración revisiva en total desconexión con el análisis del material probatorio de autos, realizado en la sentencia que ataca.

De allí que la Sala concluye en la ausencia de fundamentación del recurso y , en consecuencia , siguiendo el régimen legal del art. 253.1 CGP, lo tendrá por desistido .

En cuanto a Colonvade S. A. El primer aspecto de sus agravios fincó en que la actividad de los reclamantes no integraba el supuesto previsto por la ley 10.471(montes, bosques y turberas) sino por el dec. ley 14.785 (rurales) y en tal sentido señaló, carecerían de derecho a la limitación de la jornada y por ende, a generar horas extra.

El segundo, y de hecho en punto a que, para el caso de entenderse aplicable el régimen de la ley 10.471, los reclamantes no habrían probado haber trabajado tiempo extraordinario.

6.2.1. Calificación de la actividad desarrollada por los actores y el derecho a la limitación de la jornada.

Como aspecto preliminar debe destacarse por infundada, la afirmación de la codemandada Colonvade S.A. en punto a que la Sede habría fallado contra la ley. Ello por cuanto le hace decir al dec. ley (fjs. 692), lo que no dice: En efecto. No dice expresamente el dec.ley 14.785 que el trabajador rural no ostente derecho a la limitacion de la jornada. Lo que hace el dec.ley es no regular el punto.

Es el dec.611/980 el que los excluye del derecho.

6.2.1.1.Ahora bien.

¿Cuáles fueron las proposiciones de los contendientes?

La parte actora demandó la condena por horas extra. Su fundamento de derecho para sustentar la pretensión consistió en la invocación del dec. del 29.10.1957, y las leyes 5.350 , 10.471, 15.996.

O sea que el razonamiento de la parte actora que puede deducirse - no sin dificultad, ya que no lo desarrolla sino hasta la hora de alegar de bien probado -, es el siguiente:

respecto del tiempo de trabajo los reclamantes debían seguir el régimen previsto para la industria por la ley 5.350, por la remisión que a ella realiza el art. 1 de la ley 10.471.

La codemandada Colonvade S.A. repelió la pretensión con el razonamiento - en este caso sí expresamente desarrollado - que puede resumirse en lo siguiente: contrató los servicios de Elbio Olivera y éste a los reclamantes para realizar tareas de control de hormigas, preparación de suelos, plantación, control de malezas, fertilización , poda y raleo pre-comercial. Estas, son actividades típicamente rurales y que encartan dentro de la definición del art. 1 del dec.647/978 reglamentario del dec.ley 14.785. Estas actividades no pueden entenderse reguladas por la ley 10.471 - cuyo art. 1 extiende el régimen de limitación de la jornada de la ley 5.350 (o sea de la industria) a los trabajadores ocupados en la explotación de bosques, montes y turberas - por cuanto no integran el concepto legal de "explotación" . Este término significa "sacar utilidad" o "extraer riqueza". Abarca pues la tala de los árboles ya formados pero no involucra las etapas preparatorias relativas a la formación de los árboles.Entonces, -sigue razonando la demandada-, como la actividad de los reclamantes era rural, y el dec.ley 14.785 no les concede un régimen de limitación de la jornada, -concluye- no tienen derecho a la limitación de la jornada y por ende, no pueden generar el derecho a la retribución de las horas extra.

El razonamiento de la sentencia de primera instancia del que se agravió Colonvade S.A fue el siguiente: no existe legislación específica que regule la limitación de la jornada de los reclamantes que se dedicaban a tareas de poda según ellos, y de poda y preparación de suelos control de maleza y hormigas y raleo según la demandada, entonces razona la sentencia, como el art. 54 de la Constitución reconoce el derecho a la limitación de la jornada , teniendo presente el art. 332 de la Carta y el principio de aplicación inmediata de los derechos humanos, es necesario integrar la solución. Y la integra, escogiendo como norma aplicable - con fundamento en el principio protector que refiere a que ante la existencia de una duda interpretativa debe preferirse

aquella que más favorezca al trabajador - con la ley 10.471. O sea aplicando el régimen de la ley 5.350. Y así, partiendo de que los reclamantes tienen derecho a una jornada máxima de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, analiza si se excedieron de ella.

6.2.1.2. ¿Cuál es el razonamiento de la Sala?

La Sala comparte en los sustancial el razonamiento de la sentencia de primera instancia , aunque con las diferencias que señalará.

Para saber si los reclamantes tienen derecho a pretender la condena por horas extra, es necesario contestar tres preguntas: la primera, si tienen derecho a la limitación de la jornada y de contestar afirmativamente , la segunda, cuál es el régimen que les corresponde, y finalmente, la tercera si efectivamente trabajaron más horas que las previstas como máximas.

Para contestar la primera, el punto de partida no puede ser otro que las reglas de la más alta jerarquía: el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales, conformado por las reglas constitucionales y por los instrumentos internacionales que reconocen derechos a los individuos (Declaración Universal de los derechos del hombre, Carta Internacional Americana, Pacto de San José de Costa Rica, entre otros). Así entre tales fuentes, el art. 54 de la Constitución que mandata al legislador a reconocer un elenco de derechos , entre ellos el derecho a la limitación de la jornada. Y este mandato al legislador viene sellado con otro más general y de corte valorativo: el art. 53 le indica que lo que reglamente, debe tener un contenido protector. Pero hay más, el art. 72 de la Carta, da entrada a otros derechos no expresamente reconocidos , que puedan vincularse con el de limitación de la jornada en la medida que sean inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno.

Vale decir que la primera pregunta se contesta afirmativamente: los trabajadores de autos , como todos los trabajadores sin distinción de áreas de actividad , bastando que se encuentren en relación de dependencia o servicio, ostentan derecho a la limitación de la jornada.

La segunda pregunta: ¿cuál es el régimen que corresponde a trabajadores que se ocupan de las actividades de preparación de suelos, control de maleza y hormigas, y raleo ?

Se contesta: no existe regla de derecho positivo que expresamente regule el régimen de limitación de la jornada para trabajadores de tales actividades.

Pero esta conclusión inexorablemente, conlleva a otra pregunta no prevista en el planteo inicial: ¿cómo se resuelve la ausencia de expresa reglamentación del derecho a la limitación de la jornada ?

Se contesta: acudiendo al mecanismo previsto en el art. 332 de la Carta que indica, primero que el derecho no dejará de efectivizarse y segundo , que la falta de reglamentación será suplida por los fundamentos de las leyes análogas, los principios generales de derecho y las doctrinas generalmente admitidas. Teniendo en cuenta que el art. 332 de la Carta no marca un orden de prelación de las fuentes de integración a diferencia del art. 16 del C.Civil.

Vale decir, que es necesario integrar la solución.

Ahora bien, en la medida que se trata de integrar un derecho humano laboral, autorizándolo expresamente el art. 332 de la Constitución en tanto también remite a las doctrinas generalmente admitidas, debe acudirse a los principios del derecho del trabajo.

Entre ellos, el cardinal, el principio protector.

Este principio contiene tres proyecciones: in dubbio pro operario, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa.

De las tres proyecciones, la segunda es la aplicable al caso de autos, y en ello la Sala discrepa con la sentencia de primera instancia en tanto aplicó la primera.

Es el enunciado de la regla de la norma más favorable el que refiere exactamente a la situación cuestionada: la existencia de un vacío legal, y en curso del proceso analógico, la existencia en el ordenamiento nacional de un elenco de leyes que tienen por fundamento disciplinar la limitación de la jornada.

Dice el principio en esta proyección: ante mas de una norma aplicable, debe elegirse aquella que mas proteja al trabajador.

¿Qué significa ello en el caso de autos?

Se responde: que debe indagarse el ordenamiento jurídico y buscar la regla general sobre limitación de la jornada, que sea más favorable al trabajador.

Como resultado de tal tarea se advierte que existen dos regímenes generales en el ordenamiento jurídico nacional: por un lado un régimen de limitación de la jornada para la actividad industrial - CIT n. 1, ley 5.350 - y por otro, un régimen para la actividad comercial -dec.ley 14.320 - .

El primero previene una jornada diaria máxima de ocho horas y cuarenta y ocho semanales.

El segundo, de ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales.

O sea que el más beneficioso para el trabajador sería el segundo.

Pero la parte actora, pretendió la aplicación del primero, fundándolo en la proximidad conceptual entre las tareas de poda y preparación de suelos para la plantación de bosques forestales realizadas por los accionantes con las de explotación de bosques previstas por el art. 1 de la ley 10.471 que remite al régimen de la ley 5.350.

O sea que la parte actora propuso integrar la imprevisión legal aplicando un régimen de ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales.

Ello, en respeto del principio de congruencia, marcaba el límite de la decisión.

Así procedió la sentencia de primera instancia, aplicando a los reclamantes el régimen de la ley 10.471, que por haberse hallado dentro del límite de lo pedido, la Sala recogerá.

6.2.3. Pero Colonvade S.A , concretamente cuestionó que la poda integrara el concepto legal de "explotación".

Pues bien. Debe tenerse en cuenta que al tiempo de los hechos que dan origen al conflicto de autos, se encontraba vigente el dec. 372/999 que definía la actividad forestal

englobando en esta, todas las operaciones relativas a la producción de plantas, cultivo, manejo y cosecha de bosques naturales e implantados.

Una interpretación constitucionalizante del término legal "explotación" - o sea que respete y concilie con el derecho a la limitación de la jornada - conduce a considerar comprendidas todas las actividades vinculadas al proceso productivo que se lleva a cabo en el bosque, o sea en el mismo sentido del decreto señalado. Sería esta una interpretación constitucionalizante en la medida que respetaría el derecho a la limitación de la jornada y el principio de protección del trabajo humano. Y ello, muy especialmente en caso de estarse a la tesis del recurrente en punto a que los trabajadores rurales carecen de derecho a limitación de la jornada - tesis que esta redactora no comparte- , ya que en tal caso si las actividades de poda quedaran excluidas del art. 1 de la ley 10.470 quedarían incluídas en las del dec.ley 14.785 y art. 1 del dec.611/980. O sea, en la tesis de Colonvade S.A., excluídos del derecho a la limitación de la jornada.

6.2.4. Finalmente cabe fundar expresamente por qué no se entiende aplicable el régimen del dec. Ley 14.785 planteado por la demandada Colonvade S.A.

La controversia introducida por Colonvade S.A planteó la pugna entre la aplicación de la ley 10.471 y el dec. Ley 14.785.

¿Por qué la Sala entiende que no debe integrarse la solución con el dec.ley 14.785?

Porque éste nada dice acerca del régimen de limitación de la jornada. O sea no posee solución. No se trata de que no reconoce el derecho , como equivocadamente sostuvo la recurrente, sino que no se expide sobre el punto. La regla que se expide, no es la ley, ni esta ni otra. Sino el dec. 611/980.

Y porque debe tenerse presente de antemano, cuál debe ser el criterio de aplicación de normas a la relación de trabajo en la que un sujeto está claramente beneficiado por al protección consitucional: Partiendo de la unidad del

ordenamiento jurídico, de su coherencia y de que el texto constitucional contiene un programa de valores y principios, la aplicación del ordenamiento inferior a cada caso - la nueva norma - debe conciliar perfectamente con aquel. Vale decir, los principios y valores constitucionales condicionan la aplicación del ordenamiento inferior. Así la interpretación "desde" la constitución (Risso Ferrand, Martín. La interpretación del ordenamiento jurídico desde la constitución. En Rev. de Derecho de la Universidad Católica N. VI pag. 242) o la interpretación "conforme" (Gustini, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional pag. 153 y sgtes.) importan que el producto de interpretación de la ley - o sea la nueva norma - debe armonizar con la Constitución, eligiendo frente a más de una posibilidad interpretativa el significado (o sea la norma) que evite toda contradicción entre esta y aquella.

Sin duda pues, si el dec. ley 14.758 nada dice acerca de la reglamentación del derecho constitucional de limitación de la jornada, que es justamente lo que había que detectar, resulta inaplicable.

En consecuencia entiende la Sala que la integración del derecho constitucional a la limitación de la jornada de los trabajadores demandantes debe realizarse, en aplicación del principio sustantivo de la norma más favorable y de principio procesal de congruencia con la previsión de la ley 10.471.

Vale decir, aplicándoles el régimen de la industria previsto por la ley 5.350 que indica una limitación diaria de ocho horas y semanal de cuarenta y ocho.

Sobre tales bases, habría de contestarse la última pregunta: si los reclamantes trabajaron superaron tal limitación. Punto que se analizará seguidamente.

6.3. El tiempo de traslado.

Los accionantes demandaron el recargo legal correspondiente a horas extra por haber superado el límite diario considerando el tiempo de traslado, que , conforme la versión de ambos contendientes era asumido por el empleador.

En este aspecto la Sala también mantendrá su jurisprudencia en el sentido que el tiempo de traslado cuando

este es asumido por el empleador, integra la permanencia a la orden y por ende genera salario, o en su caso, recargo si se supera la limitación de la jornada.

Debe interpretarse el art. 9 del dec. Del 29.10.1957 en conexión con el concepto de trabajo efectivo previsto en el art. 6 del mismo cuerpo normativo pero a la luz también , del concepto legal que se deduce del art. 2 del CIT N. 30, art. 5 numeral 4 del CIT N. 132, art.8 de la ley 12.590, el art. 2 de la ley 13.556.

De los textos legales citados surge que debe considerarse tiempo de trabajo a la orden todo aquel en el cual el trabajador deja de disponer de su voluntad para ponerse a disposición del empleador. Y del art. 9 del dec. Del 29.10.1957, que solo será remunerado el tiempo de traslado - a la orden - que supere la hora diaria a la ida y la hora diaria a la vuelta.

En base a ello la sentencia de primera instancia condenó a dos horas extra diarias en períodos en que el trabajo se desarrolló en el lugar más alejado, esto en La Calera.

La parte actora se agravió de ello en el entendido de que la sentencia había hecho caudal únicamente de los documentos glosados por la codemandada Colonvade S.A. , omitiendo considerar, a pesar de haberlas transcripto, las versiones testimoniales que arrojaban un panorama claramente contrario a aquellos.

El codemandado Elbio Olivera omitió articular fundadamente agravios sobre el punto, realizando una mera petición revisionista del fallo sin analizarlo y rebatir sus argumentos.

La codemandada Colonvade S.A. se agravió de ello sosteniendo que el traslado a La Calera, para el único lugar de trabajo en el cual la sentencia hizo lugar a las horas extra, no insumía más de una hora para la ida y otra para la vuelta en tanto el predio distaba a 50 kms.de la ciudad.

Pues bien. La Sala revocará la sentencia de primera instancia sobre el punto, en la medida que estima que le asiste razón a la parte actora por los fundamentos que se explicitarán.

Por un lado no puede soslayarse , prestando atención a lo que normalmente acontece, que el tiempo de traslado no solo depende de la distancia sino también del medio de transporte empleado para el mismo, el estado de los caminos y el número de paradas realizadas por el vehículo para el ascenso y descenso de trabajadores, aún del estado del tiempo en cada jornada.

Por otro, deben distinguirse dos aspectos: uno el tiempo a la orden (tiempo en el cual los trabajadores perdían su disponibilidad) y otro, de ese tiempo a la orden cuál debería ser remunerado por aplicación de las reglas precedentemente indicadas.

En cuanto al primero, la Sala entiende que la información testimonial incorporada, relevada por la sentencia de primera instancia a la que enteramente se remite, da cuenta de que todos los reclamantes tomaban el transporte bien a las 04.30 o las 05.30 y lo dejaban a las 17.30 o las 18.00 hs.. De aquí la primera deducción : durante todas esas horas que van desde que tomaban el transporte para ir hasta los campos de Colovade S.A. hasta que lo dejaban cuando regresaban, estaban a la orden del empleador.

Sobre tal dato de la prueba, la segunda deducción: diariamente superaban el límite de ocho horas diarias.

En cuanto al segundo aspecto, esto es cuántas de esas horas y como , debían ser retribuidas con el recargo legal, debe considerarse el tiempo insumido en el traslado a cada uno de los distintos lugares en los que se llevaba a cabo el trabajo, así como la naturaleza de la jornada de cada uno de los reclamantes - continúa o discontinua - ya que la primera posee un régimen legal de descanso intermedio pago y la segunda en cambio, no pago.

Debe verse al respecto que estando al relato de los accionantes formulado en la demanda, durante algunas de aquellas horas indicadas como tiempo a la orden, efectivamente gozaban del descanso intermedio. Si bien no lo señalaron expresamente puede deducirse que la mayoría de ellos poseían un régimen de jornada continúa pero reducida, cuyo mecanismo de reducción oportunamente no cuestionaron. O sea , que en tales casos , el descanso intermedio por se

jornada continua ,no debía pagarse. La excepción a ello, refiere a los casos de los coactores Hugo Acosta, Ruben Darío Rivera y Julio Bentaberry, para quienes puede deducirse de sus propios relatos que poseían un régimen de jornada continua ya que descansaban media hora. Entonces, para estos trabajadores por trabajar en régimen de jornada continua, el descanso intermedio sería pago. (art. 1 ley 5.350, art.10 del dec. 29.10.1957, arts.2 y 3 del dec. 55/2000)

Por su parte debe tenerse en cuenta que los tiempos de descanso intermedio no fueron controvertidos por ninguno de los codemandados.

En función de cuanto viene de señalarse y de la aplicación del art. 9 del dec. Del 29.10.1957, correspondía deducir el tiempo de descanso intermedio en los casos de trabajadores con jornada discontinua, y apreciar el tiempo de traslado para deducir si a la ida o a la vuelta insumía más de una hora. Por cuanto lo que excediera, sería lo que debía ser remunerado. Y para los de jornada continua , unicamente deducir los tiempos de traslado.

Cuestionarse qué surgió de la prueba importa antes, delimitar las cargas probatorias.

A a esta altura y teniendo en cuenta que los reclamantes lograron acreditar que superaban la jornada diaria legal - aún en los casos de jornada discontinua - la carga de la prueba de las horas que insumía el traslado y de las que se trabajaban, gravaba a la parte demandada y no a la actora. Ello, con fundamento en el principio de facilidad de la prueba y muy especialmente teniendo en cuenta que la demandada tomaba a su cargo el traslado: en el vehículo por ella elegido, con las paradas por ella dispuestas, por las rutas o caminos por ella escogidos.

Era la demandada la que estaba en mejores condiciones de ilustrar el tipo de vehículo, las paradas que realizaba, los caminos recorridos. Pero también identificar los trabajadores que se desempeñaron en uno u otro predio y los períodos de duración de la actividad en cada uno, particularmente teniendo en cuenta que del análisis de la prueba documental glosada por Colonvade S.A. surge que se habrían realizado contratos temporalmente superpuestos a ejecutarse en

distintos predios. De ello dan cuenta por ejemplo los recaudos de fjs. 146 y 147, y 148 y 149. Entonces, quien mejor que la demandada para identificar a los empleados que trabajaron en cada ocasión así como las jornadas laboradas por cada uno. Si es que, como afirmó , eran jornaleros, la razón indica que algún mecanismo de control debería llevar para poder liquidarlos: de número de jornadas, de lugares de desempeño.

Cuanto viene de decirse determina que la Sala entienda que la distancia desde la ciudad hasta cada uno de los parajes donde había campos de Colonvade S.A, y el tiempo insumido en el trayecto era carga de la demandada ilustrarlo a través de los medios probatorios apropiados y no sustituyéndolos por otros ilegalmente como se intentó. (art. 190.2 CGP) En tal sentido y a vía de ejemplo la distancia, mal podía probarla a través de testimonios cuando existía otro medio idóneo y objetivo para hacerlo como los informes a la Intendencia respectiva o al Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

Por cuanto viene de decirse y en tanto la parte que estaba gravada con la carga probatoria nada probó, la Sala, sobre la base de la consideración de lo que normalmente acontece, situará el tiempo de trabajo extraordinario de los reclamantes en una hora y media diaria para los de jornada continua (Hugo Acosta, Ruben Darío Rivera y Julio Bentaberry) y una hora para los restantes.

6.4. Salario de Never Rodríguez y Fredy Armúa.

El agravio fue deducido por la codemandada Colonvade S.A.

Como surge de su lectura a fjs. 703 la recurrente no articuló agravios sobre la situación de Never Rodríguez , de allí que se lo considerará desistido del recurso en este aspecto. (art. 253.1 CGP)

En lo que respecta a Fredy Armúa indicó que el codemandado le había abonado \$ 15.750 en concepto de cancelación total de haberes.

La parte actora admitió el cobro en la audiencia preliminar solicitando que ello fuera debitado de la condena .

Ni del acta de la audiencia preliminar ni de otro medio probatorio surge , ni una transacción ni un detalle de los concepto a que se habría imputado el pago. De allí que no se hará lugar al agravio , debiendo deducirse \$ 15.750 del monto total de la condena que lo favorezca.

6.5. Salario de los reclamantes.

La codemandada Colonvade S.A. se agravió de que la sentencia de primera instancia hubiera considerado el monto del salario expresado por los accionantes y que condenara por distintos rubros sobre tales bases salariales. Argumentó que los salarios que efectivamente había abonado Olivera eran los consignados en los recibos que los accionantes no habían impugnado.

El codemandado Elbio Olivera también se agravió de la solución de la sentencia empero no realizó una crítica razonada de la misma. De allí que también en este caso y por los mismo fundamentos ya explicitados, se tendrá por desistido el recurso.

Ahora bien. En primer término debe decirse que los actores afirmaron en la demanda haber percibido determinados salarios , y el punto - el monto de los salario - fue incorporado en el objeto del proceso a dilucidarse y en el objeto de la prueba como consecuencia de su controversia (fjs. 263). De allí que mal puede reprochársele a la parte actora la falta de impugnación , cuando además la cuestión refería a falsedad ideológica.

En segundo término, el codemandado Colonvade S.A. dió respuesta de expectativa y Elbio Olivera , desconoció los montos pero afirmó que los reclamantes cobraban por jornal , que se calculaba en función del destajo. (fjs. 98).

La carga probatoria por tanto, del número de piezas y de los jornales recibidos gravaba a la demandada y no a la actora en la medida que aquella se encontraba en inmejorables condiciones para ilustrarlo.

Y como surge del análisis de los recibos de fjs. 76 a 89, éstos recaudos ni explican en número de piezas elaboradas, ni el lugar donde se prestó el trabajo, ni cuáles serían los jornales que se retribuían en cada caso.

O sea que no cumplían con los requisitos del dec. 337/992 , ni aportaban datos del detalle de la retribución que colaboraran con el juicio de credibilidad.

En adición la repetición de idénticos montos - del supuesto destajo - puede verse como sintomático de su insinceridad, en la medida que no resulta razonable que todos los trabajadores realizaran el mismo número de podas por día.

Y para remate, toda la prueba testimonial resultó adversa a las emergencias de tales recaudos.

Debe señalarse aún que resultó acreditada la existencia de registros documentales del número de podas y de los días de trabajo, confeccionados aparentemente por Elbio Olivera que , no fueron aportados al proceso, correspondiendo pues aplicar la sanción legal prevista por el art. 168 . 2 del CGP. (fjs. 439, 440, 442, 445 y 446, 531)

A su vez, también Colonvade S.A. debería haber contado con prueba del número de árboles cortados por Elbio Olivera ya que a este le pagaba una comisión por árbol podado según surge de los sucesivos contratos glosados a fjs. 111-149, prueba que no aportó al proceso.

Por cuanto viene de decirse, en la medida que la parte gravada con la prueba por aplicación del principio de facilidad de la prueba (o disponibilidad del medio probatorio) nada probó, se desestimará el agravio, validando la solución de primera instancia sobre el punto.

6.6. Número de jornadas trabajadas.

La parte actora se agravió de que la sentencia tomara como trabajados 21 jornadas al mes en lugar de las 26 reclamadas.

El codemandado Olivera también se agravió del punto, empero, como surge del análisis del recurso no articuló fundamentación alguna lo que conduce a declarar desistido el recurso. (art. 253.1 CGP)

Y la Sala entiende que por los mismos fundamentos indicados en el numeral anterior - carga probatoria que gravaba a la demandada y principio de facilidad de la prueba - era la demandada quien tenía que ilustrar el número de días trabajados o no trabajados por lluvia. Y como no lo probó, habrá de estarse a la estimación de la parte actora.

En consecuencia , se acogerá el agravio , revocándose la sentencia de primera instancia condenándose con el alcance petitionado por los accionantes.

6.7. Condena de futuro.

El codemandado Colonvade S.A. se agravió de la condena de futuro dispuesta a favor del coactor Ferrón desde el 1.6.2004 hasta su cese, reprochándole la violación del principio de congruencia por condenar - según dijo- por rubros no reclamados.

La Sala no comparte la interpretación de la sentencia que realiza el recurrente y por ende tampoco, la calificación que realiza.

En principio debe verse que según la información de fjs. 494, Mario Ferrón se desvinculó el 1.7.2005.

Además, del análisis contextual de la sentencia, y de su interpretación racional, se deduce que condenó por las prestaciones que se devengaran pero refiriéndose, sin duda , a que se siguieran devengando las que constituyeron, oportunamente, objeto del presente proceso.

En cuanto a lo demás, la sentencia ni condenó por periodos no reclamados ni se presenta ambigua o confusa como para sustentar el agravio que se analiza. Y el resto de las objeciones en punto a la indefinición del contenido concreto de cada rubro, debe decirse que no obedece a extralimitación alguna de la sentencia sino a la común situación derivada de una condena de futuro: se condena a pagar lo que se devengue en el futuro, sin saber, obviamente, cuánto se devengará.

Por cuanto viene de decirse se desestimará el agravio.

6.8. Ficto de alimentación y vivienda.

Se agravió la codemandada Colonvade S.A. por la condena en este rubro señalando dos defensas: una , que los

accionantes no habían probado vivir en los predios no asistiéndoles por ende, derecho a percibir el rubro conforme la regulación del dec.ley 14.785; otra, que del análisis de los recibos surgía que Elbio Olivera les había abonado el beneficio.

También se agravio del punto el codemandado Elbio Olivera, empero, e igual que en los ya analizados , no articuló fundamentación alguna por lo que se lo tendrá por desistido del recurso. (art. 253.1 CGP)

Pues bien.

En primer término debe decirse que al tiempo de los hechos de autos se encontraba vigente el dec. 372/999 específico para la actividad forestal que ocupó a los accionantes como ya se analizó, que en el art. 38 disciplinaba el beneficio a servirse en especie por el empleador. Y, los decretos 47/2003, 221/2003, 359/2003, 273/2004 y 26/2004, reconocieron el derecho al ficto en caso de que no se percibiera en especie.

En segundo término, debe repararse que la codemandada no argumentó al contestar que no les correspondiera el beneficio, en consecuencia su inclusión a esta altura resulta extemporánea.

Pero además, los recibos incorporados (fjs. 79-90) dan cuenta de que en múltiples ocasiones se incluyó el beneficio en el haber y luego se lo hizo aparecer en la columna del debe, o sea que en realidad no se les abonó.

Por cuanto viene de señalarse se desestimará el agravio, confirmándose la solución de primera instancia.

6.9. Licencia , salario vacacional y aguinaldo.

El agravio fue deducido por la codemandada Colonvade S.A. sosteniendo que de los recibos agregados por el codemandado Elbio Olivera , tales rubros aparecerían abonados a los accionantes Ruben Rivera(fjs. 21 y 88) , Mario Ferrón (fjs. 85) y Héctor Acosta (fjs. 90)

Asiste razón a la recurrente en tanto de los recibos indicados surgen abonados los beneficios, de allí que la condena deberá deducirlos con el alcance solicitado por el recurrente.

6.10. Feriados .

Del punto se agravó Colonvade S.A, y al respecto debe tenerse en cuenta que el trabajo prestado en tales jornadas en versión de los accionantes, no fue controvertido, ni por Elbio Olivera que asumió la calidad de empleador ni por la recurrente. Al punto, que ello no fue incorporado en el objeto de la prueba que se fijó en la audiencia preliminar. (fjs. 263)

En consecuencia, el agravio no será estimado.

6.11. Despido común y especial.

La codemandada Colonvade S.A. se agravó de la condena sosteniendo la incongruencia de la sentencia en la medida que , a pesar de que no todos los reclamantes habían argumentado el cese por despido indirecto , en todos los casos la condena se refirió a ello.

Pues bien.

Los reclamantes Suarez , Acosta , y Do Carmo sostuvieron haber cesado por despido directo por parte de Elbio Olivera y éste al contestar invocó que habían dejado de trabajar.

Entonces, la calificación jurídica de tal invocación reside en la figura del abandono de trabajo que para que pudiera operar, reclamaba de la constitución en mora por parte del empleador. Esto es, la intimación de cumplimiento de las prestaciones comprometidas. Empero , nada de ello probó el recurrente por lo que debe desestimarse su defensa.

Por su parte, Rodríguez, Rivera , Mendoza, Julio Bentaberry y Armúa , sostuvieron que el cese del vínculo había obedecido al despido indirecto por incumplimiento de prestaciones laborales.

Y como viene de analizarse , sin duda el empleador había incumplido con prestaciones laborales (horas extra, ficto alimentación y vivienda entre otros) , que abren la puerta a la configuración del despido indirecto basado en el incumplimiento del empleador.

Caso especial el de Miguel Angel Bentaberry quien argumentó un despido directo e ilícito en tanto habría estado vinculado a su reclamación en sede administrativa y, Elbio Olivera simplemente alegó que se había ido de la empresa. O

sea que otra vez, se puede calificar tal alegación del demandado como un abandono de trabajo al que le caben las mismas consideraciones recién realizadas.

En adición debe verse que surge de fjs. 556 que Miguel Angel Bentaberry compareció ante el MTSS el 29.3.2004 solicitando una audiencia ; el 30.3.2004 se notificó por fax a Elbio Olivera (fjs. 559). El accionante dijo haber sido despedido el 14.4.2004 y del recaudo de fjs. 493 surge que se le dio la baja el 30.4.2004.

La correlación de fechas indicadas y la ausencia de otra causa razonable que justificara el cese - que debe entenderse haber sido dispuesto por el empleador en tanto éste no probó el abandono - conforman un panorama indiciario que revela conexión entre la convocatoria a audiencia en el MTSS y la dimisión. Lo que evidencia , un despido claramente disfuncional y en respuesta del ejercicio de un derecho del trabajador. Tal panorama amerita la calificación de la ilicitud del despido que merece una reparación especial en tanto la indemnización por despido común cubre los daños del despido funcional.

En consecuencia el agravio no será estimado.

6.12 Daños y perjuicios preceptivos.

El agravio deducido por Colonvade S.A. carece de sustento y no puede admitirse en la medida que como se ha analizado recayó condena en rubros de naturaleza salarial, resultando además adecuado a los parámetros legales (art. 4 ley 10.449) , el porcentaje fijado en el grado anterior.

En su mérito se desestimaré el recurso.

7. La actuación de los contendientes en el proceso de segunda instancia no amerita la imposición de condenas especiales. Las conclusiones acerca de la naturaleza del vínculo determinan que la Sala siguiendo el criterio expuesto en sentencia N. 248/2007 disponga así mismo la comunicación al B.P.S.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno, **FALLA:**

1. Desestímase el ofertorio de prueba en segunda instancia así como el peticionado a fjs. 797 a título de hecho nuevo.
2. Acògese el recurso de apelación deducido por la parte actora y parcialmente el deducido por la codemandada Colonvade S.A. En su mèrito, confírmase parcialmente la sentencia de primera instancia, revocándose respecto de las horas extra, el número de jornadas trabajadas y la licencia el salario vacacional y el aguinaldo.
3. Condénase a la parte demandada a pagar una hora extra diaria a los trabajadores reclamantes de jornada discontinua y una hora y media a los de jornada continua por todo el período de vinculación.
4. Téngase en cuenta para la liquidación de todos los rubros que los accionantes trabajaron 26 jornadas al mes.
5. A los rubros objeto de condena habrán de descontarse los montos por licencia, salario vacacional y aguinaldo que surgen abonados de los recibos por tales conceptos glosados en autos.
6. Costas de oficio y los costos en el orden causado. Honorarios fictos 10 B.P. y C. Comuníquese la sentencia al B.P.S. y oportunamente , remítase a la Sede de orígen.

DRA.DORIS MORALES MARTINEZ
PRESIDENTE

DRA.ROSINA ROSSI ALBERT
MINISTRO

DR.JULIO POSADA XAVIER
MINISTRO

ESC.HELENA BRAUN MINELLI
SECRETARIA

ANEXO V

Sentencia Definitiva Nro.: 20 /2008

Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno

Ministra Redactora: Dra. Ma. Rosina Rossi Albert

Ministros Firmantes: Dra. Morales. Dr. John Pérez Brignani.
Dra. Ma. Rosina Rossi Albert

Montevideo, 18 de febrero de 2008

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados "Barragán Angel c/ Caporal Nelson Daniel.Licencias, salarios, salarios vacacionales, horas extras, descansos , despidos." IUE 2-31.838/2006, venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la N.19/2007 dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 14to.Turno, Dr.Pedro Hackembruch.

RESULTANDO:

1. El recurso de apelación fue introducido por la parte demandada y, sustanciado, fue concedido y franqueado, ingresando los autos a este Tribunal el 14.08.2007.

2. La Sala , en función de los puntos que constituyen el objeto de la alzada ,ha optado por expedirse en decisión anticipada. (art. 200.1 CGP)

CONSIDERANDO:

1. Con el número de voluntades legalmente requeridas , reunidas entre los miembros naturales, confirmará la sentencia de primera instancia.

2. La atacada en lo medular fallò " 1) Declarando que la fecha de ingreso del trabajador a la empresa fue el 8 de agosto de 2004. 2) Declarando la falsedad ideològica de los recibos de salarios presentados por el demandado. 3) Condenando al demandado a abonar al actor los rubros reclamados en la demanda totalizando la suma de \$89,507 de acuerdo a las emergencias enunciadas en el expositivo. 4) Imponiendo al demandado una condena preceptiva en carácter de daños y perjuicios que se fijarà en el 10% de los rubros de naturaleza salarial reajustados- excluye la IPD-..."

La parte demandada dedujo recurso de apelación agravándose de la solución de la sentencia respecto de los siguientes puntos: salario, horas extrra, falsedad ideològica, egreso, fecha de ingreso, diferencia de descanso semanal, licencia, salario vacacional y aguinaldo.

3. El caso.

Bajo los límites de los puntos que han abierto la instancia y a efectos de construir la fundabilidad de la decisión, se reseñarán las particularidades de la contienda

Angel Baragàn argumentò que trabajò para Nelson Daniel Caporal desde el 8.8.2004 y hasta el 15.5.2006, con la categoría peòn en el armado y desarmado de carpas en rgimen de lunes a sbados y durante diez horas diarias percibiendo \$30 la hora, finalizando el vnculo por despido. Y, en funcin de tales parmetros, le demand un elenco de rubros laborales.

Por su parte Nelson Daniel Caporal controverti, la modalidad de retribucin, el nmero de horas de trabajo invocado, el tiempo de descanso semanal al que le asista derecho al reclamante sosteniendo su cumplimiento, y la causal de cese y su fecha. Adems, admiti adeudarle licencia, salario vacacional y aguinaldo.

4. Anlisis de los agravios deducidos por la parte demandada y apelante:

4.1. Monto del salario y la falsedad de los recibos.

La atacada acogi la pretensin sobre la base de un salario de \$30 la hora, concluyendo en la falsedad ideolgica de los recibos glosados por la demandada al contestar la demanda.

La Sala comparte el anlisis y valoracin de la prueba que realiza la atacada en punto a que las versiones testimoniales recogidas ilustraron acabadamente que los recibos no reflejaban la realidad. (Alvarez fjs. 56,57,58) Magallanes (fjs. 61), Guillermo (fjs. 72)

Debe puntualizarse que los testigos dieron buena razn de sus dichos, cuya credibilidad no resulta menoscabada por sospechosidad alguna en la medida que an en el caso del que se dijo amigo - Laino- y en el de quien tena juicio pendiente contra el demandado - Guillermo- , es coincidente con la de los restantes.

Coadyuva con la conclusin que antecede que el testigo Flores , cunado del demandado, expresara que el actor era retribuido por hora. (fjs. 74) . Con ello, desautoriz la versin del demandado, quien haba sustentado en la contestacin que el accionante era retribuido como mensual.

Tal cmulo entonces, crea un convincente panorama de los hechos tal cual fueron relatados por el actor.

Finalmente , cabe sealar que la versin contraria del testigo Ruiz (fjs. 70) no destruye la fuerza convictiva recin anotada en tanto, su versin s puede valorarse sospechosa por provenir de un dependiente y no resultar confirmada por otra u otro medio probatorio. (art. 158 CGP)

En consecuencia no se har lugar al agravio y en la medida que se hall una diferencia entre el salario percibido

- sobre el que habría de calcularse las contribuciones especiales de seguridad social - y el consignado en los recibos, se comunicará la sentencia al BPS.

4.2. Horas extra y descanso semanal.

Postuló el actor haber trabajado en jornadas de diez horas diarias de lunes a sábados y haber sido retribuidas, las horas extra, sin el recargo. De allí que demandó, por un lado la retribución por ocho horas de trabajo en día de descanso, y el recargo de dos horas extra en días comunes y en días de descanso semanal.

Respecto de estas últimas - horas extra en día de descanso semanal - debe verse que si bien no desarrolla argumentalmente el régimen de descanso que según entiende le asiste derecho, se deduce de la liquidación que pretendió descansar treinta y seis horas consecutivas por semana.

Y el demandado, cuestionándolo, consignó que al trabajador le correspondía un descanso de veinticuatro horas consecutivas.

Quiere decir que el debate estaba planteado en torno al régimen de jornada y descanso semanal aplicable al trabajador primero, y luego y en función de ello, la valoración de la prueba del trabajo en día de descanso semanal, de la superación de la limitación de la jornada en días comunes y de descanso semanal.

4.2.1. Régimen de limitación de la jornada diaria y de descanso semanal correspondiente al trabajador.

Como se reseñó en el numeral anterior la demandada sin controvertir la actividad laboral invocada por el trabajador-peón ocupado en el armado de carpas - se limitó a sustentar que le correspondían veinticuatro horas de descanso semanal por no corresponder "...al trabajo de oficina o comercial que impone el descanso de semana inglesa ..." (fjs. 31)

La atacada hizo lugar al planteo del actor sosteniendo el carácter comercial de la actividad de la empresa y la aplicación del régimen correspondiente al grupo 19 de los Consejos de Salarios (arrendamiento de bienes) consistente en cuarenta y cuatro horas semanales y por ende, treinta y seis horas consecutivas de descanso o régimen de semana inglesa regulado por el dec. Ley 14.320.

La Sala hará suya la conclusión de la atacada, pero sin compartir enteramente sus fundamentos. Ello por cuanto, sin soslayar que lo eventualmente actuado en el Consejo de Salario respectivo podría llegar a regular el punto en debate - limitación de la jornada diaria y semanal - la atacada pone en la base del razonamiento lo que sería la conclusión: que a la demandada le correspondería el Grupo 19 en virtud de su giro principal.

El camino a seguirse, en cambio, debía partir del análisis del giro principal para deducir, entre otros aspectos, el régimen de limitación de la jornada diaria y

semanal así como la inclusión de la empresa en determinado Consejo de Salario.

En su lugar, la Sala entiende que la cuestión debe analizarse en los términos que siguen.

El art. 54 de la Carta garantiza los derechos de limitación de la jornada y descanso semanal.

El ordenamiento inferior ha reglamentado expresamente tales derechos creando distintos regímenes. Adoptando una visión en perspectiva de todos ellos, puede decirse que cada trabajador se ve beneficiado por un sistema conexo integrado por tres componentes:

- + limitación de la jornada diaria,
- + limitación del ciclo semanal y
- + duración del descanso semanal

Pero a su vez cada uno de estos tres componentes, dependen de dos factores: la actividad que concretamente realiza cada trabajador y el giro principal que califica al empleador.

Entonces, el panorama normativo general se presenta:

+ En la industria, ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales de labor, y un descanso semanal consecutivo de veinticuatro. (según vigencia temporal: ley 5.350, ley 7.318, Convenio Internacional de Trabajo N. 1)

+ En el comercio, ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales de labor y un descanso semanal consecutivo de treinta y seis. (según vigencia temporal: ley 7.318, Convenio Internacional de trabajo N. 30, decreto ley 14.320)

A su vez, el dec. Del 29.10.1957 delimitó los conceptos de industria y comercio.

Calificó como industria aquellas actividades de las minas, canteras, industrias extractivas, empresas constructoras, transporte de personas o mercancías y en general la de los establecimientos que se dedican a adquirir mercaderías para transformarlas y darles mayor valor. (art. 18, que reproduce el art. 1 literales a - d del Convenio Internacional N. 1)

Y, calificó como establecimiento comercial aquellos cuya actividad consiste en la compraventa de mercaderías sin efectuar transformaciones para aumentar su valor.

Pero el ordenamiento nacional, en un posicionamiento claramente anacrónico, no reglamenta expresamente y con carácter general el régimen de limitación de la jornada diaria y semanal para el sector servicios. (Castello Alejandro "Régimen jurídico de jornada de trabajo y descanso semanal aplicable al sector servicios." *En Temas Prácticos de Derecho Laboral* pag. 15; Ameglio, Eduardo. "La ordenación de tiempo de trabajo, una normativa anacrónica." *RDL N. 190* pag. 228)

Volviendo al sub-causa debe tenerse presente que el único dato que se aportò fue la categoría del trabajador y su actividad - peòn ocupado en el armado de carpas -, pero nada dijo el demandado respecto del giro principal de la empresa. Ni lo dijo , ni ello surge de la prueba documental incorporada por el mismo.

Entonces, en funciòn de lo que señalara se carece del dato fàctico vinculado a uno de los dos parámetros necesarios para deducir el règimen de limitaciòn de la jornada diaria y semanal: la actividad empresarial del demandado.

El sentenciante la calificò dentro del comercio y el demandado se agraviò de ello insistiendo en que la actividad del actor no correspondìa a la de "...oficina o comercial que impone el descanso de semana inglesa ..." por ello corresponde un día de descanso semanal y no horas extra en días sàbados". (fjs. 112)

Pues bien. Sin perjuicio de advertir que el apelante confunde los concepto de retribuciòn de tiempo de trabajo en día de descanso semanal y horas extra en día de descanso semanal, siguió sin aportar el dato que faltaba. Al no denunciar el giro principal al contestar la demanda obstruyò la deducciòn del règimen de limitaciòn de la jornada diaria y semanal aplicable al trabajador. Incluso, la posibilidad de ubicar a la empresa en el Consejo de Salarios correspondiente habida cuenta de que la relaciòn laboral se extendiò hasta entrado el año 2005 cuando , ya estaban funcionando nuevamente.

Pues bien. Tenièndose en cuenta toda la informaciòn de autos, no puede compartirse la calificaciòn como comercial , de la actividad de la empresa. Pero, en realidad tampoco se reunieron elementos que permitan hacerlo como industrial.

Ahora bien, partièndose de la reticencia de la demandada ya anotada - ausencia de relato de hechos vinculados a su actividad principal , hechos que debìan ser el punto de partida del análisis - puede verse que tanto de la declaraciòn de Nelson Daniel Caporal (fjs. 78) como del relato de los testigos, podria deducirse que la empresa, al menos en la època que trabajò el actor, se ocupaba de alquilar carpas para eventos, carpas que Barragán armaba y desarmaba.

Y tal actividad no encuadra ni en el àrea comercio ni industria, sino que se aproxima màs al concepto de servicios en el sentido de actividad econòmica residual, que siendo tal ni compra y vende mercaderías, ni las transforma.

Ahora bien.

¿Què reglas aplicar a este sector , teniendo en cuenta que la protecciòn constitucional acerca de la limitaciòn de la jornada diaria y semanal es amplia y no excluye a ningún sector de la economía ?

La imprevisiòn normativa general expresa que resuelva el punto, arroja al juzgador en la actividad de integraciòn entre las previstas y la situaciòn no prevista.

Para ello, y siguiendo las reglas del art. 16 del Civil, se plantean dos caminos que, sin embargo conducen al mismo resultado.

Uno, extender el régimen correspondiente al comercio-ocho diarias y cuarenta y cuatro semanales - con fundamento en que, así lo disponen las normas que puntualmente regulan el tema en actividades particulares que claramente integran el sector servicios : ley 11.887 sobre personal de escritorio de los establecimientos industriales, ley 12.468 sobre gastronómicos, dec.ley 10.322 peluquerías, dec. del 17.2.1951 para radiodifusión y espectáculos teatrales .

O, con otros fundamentos como propone Castello : la amplitud de la expresión "...establecimientos comerciales de cualquier naturaleza ..." empleada por el dec. Ley 14.320 , posterior a la definición restrictiva del dec. Del 29.10.1957; la acepción vulgar que a la actividad comercial le atribuye intercambio o intermediación de cualquier naturaleza , grado o firma entre productores y consumidores o usuarios (*Barbagelata , Hèctor Hugo. Derecho del Trabajo TI. Pag. 172*); la amplitud que otras normas irrogan al concepto de actividad comercial incluyendo a los servicios (art. 5 ley 10.449, art. 1 del dec. 178/985 que clasificò los grupos de actividad para la constitución de los Consejos de Salarios convocados por el Poder Ejecutivo en el año 1985. (*op.cit. pag. 36-37; Larrañaga Nelson. " Derecho del trabajo y seguridad social. Selección, sistematización y comentario de normas. Jurisprudencia y temas prácticos de interés. FCU pag. 87 y "Reglamentación del Trabajo en el Uruguay. Pag. 18*)

Sin perjuicio de anotarse que la el dec138/2005 que determina la constitución de los actuales Consejos de Salarios , no reitera la inclusión de actividades de servicios en el grupo comercio, la Sala en su actual integración estima que existe otro camino para resolver la imprevisión normativa expresa.

Así el segundo camino anunciado resulta de la aplicación del principio protector en su proyección de la norma más favorable. Ello por cuanto el supuesto de hecho del principio coincide exactamente con el de autos. Vía que, además de responder a la esencia misma de la disciplina, no pasa por el mecanismo de extensión de una norma particular que resuelve un caso de igual índole , a situaciones generales, claramente divorciado de la técnica hermenéutica tradicional. Ni incurre en una suerte de interpretación extensiva del concepto actividad comercial de cualquier naturaleza que puede resultar forzado.

En efecto. La regla de la norma más favorable refiere a que, para resolver una situación de hecho, el derecho ofrezca varias soluciones, todas aplicables y sienta el principio de que corresponderà aplicar aquella más favorable al trabajador. (*Plà Rodríguez, Américo. Los principios de Derecho del Trabajo . pag. 100*) Regla que, además de integrar el principio protector reconocido en la Carta (art. 54) , integra la técnica hermenéutica vinculada a la aplicación de los instrumentos que reconocen derechos fundamentales como los que están en juego en el debate que se

analiza. (Ermida Uriarte, Oscar. " Derechos Humanos laborales en el Derecho positivo uruguayo." en Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. OIT Pag. 11)

En tal sentido, entre los dos regímenes aplicables, el de la industria y el del comercio, el que es claramente más favorable al trabajador es el correspondiente a la actividad comercial: ocho horas diarias de labor y treinta y seis consecutivas de descanso semanal. Y, por tratarse de una solución integrativa en aplicación de un principio que construye a la Disciplina, armoniza impecablemente con el mandato constitucional del art. 54 que como tal, además de guiar la producción normativa que compete al legislador, pauta también la del juzgador.

Debe señalarse que la hermenéutica que se adopta , modifica la anterior sostenida por la Sala y discrepa con la de la Suprema Corte de Justicia ,que puede deducirse de la sentencia N. 902/1994 que ante la imprevisión normativa expresa , adopta el criterio de la residualidad y generalidad de la ley 7.318 y desplaza el régimen más favorable del dec. Ley 14.320. (Castello, Alejandro . op.cit. pag. 38)

En consecuencia, como se anunció , se desestimarà el agravio en este aspecto confirmándose la solución de primera instancia por los fundamentos que se acaban de exponer.

4.2.2. Valoración de la prueba de las horas extra en días comunes, y en días de descanso y del trabajo en días de descanso.

Como viene de concluirse a Angel Barragán le correspondía un régimen de limitación de la jornada diaria de ocho horas y de cuarenta y cuatro semanales, y en consecuencia, un descanso semanal de treinta y seis horas continuas durante media jornada en sábado y toda la del domingo.

Respecto del trabajo en día sábado, no solo resultò sobradamente acreditado sino admitido por la demandada .

Por su parte , tanto el trabajo en día domingo como en número de horas superior a las ocho en tales jornadas y en las comunes, también la información probatoria resultò generosa.

Aùn más, el propio demandado al deponer como parte admitió la existencia de una planilla en la que se tomaba nota de los días y las horas de trabajo de cada empleado. (fjs. 78) . Tal recaudo , que muy probablemente hubiera sido una prueba inmejorable de la exacta situación laboral del actor, no fue incorporado al proceso. Se trata de prueba en poder del demandado , cuya negativa a proporcionarlo determina la consecuencia legal que habilita presumir reconocido el contenido que se le atribuye y que en el caso, sería respaldante de la versión del actor.

Ahora bien y sin perjuicio de lo anterior, en la medida que la información de autos da cuenta de que el volumen de trabajo variaba a lo largo del año, existiendo periodos de

zafra y de mayor intensidad, la Sala entiende razonable la estimación realizada por el Sr. Juez de primera instancia y la recogerà desestimando el agravio.

Por cuanto viene de decirse se confirmará la solución de primera instancia en todo lo relacionado con la condena por horas extra en días comunes y de descanso y la referida al trabajo en día de descanso semanal.

4.3. Fecha y motivo del cese de la vinculación laboral.

En este aspecto la Sala estima que el libelo recursivo carece de una crítica fundada al análisis realizado por la sentencia de primera instancia. En efecto. El apelante se limita a cuestionarlo sin aportar siquiera un fundamento que desestabilice los que dieran sustento a la decisión anterior, que habilitaría al Tribunal a declarar desistido el recurso. (art. 253.1 CGP)

Respecto del punto no puede soslayarse la ausencia de controversia categórica sobre el hecho del despido invocado por el actor, con la que actuó el demandado al contestar la demanda, quien se limitó a oponerse sin siquiera explicar la causa del cese.

Tal actitud procesal no puede tener otra consecuencia que la prevista por el art. 130.2 del CGP, esto es dar por ciertos los hechos invocados por el contrario.

El fundamento que acaba de exponerse más los señalados en la atacada, justifican el rechazo del agravio y la confirmación de la decisión atacada tanto respecto del acogimiento de la indemnización por despido como de la fecha en que habría ocurrido el cese.

4.4. Fecha de incorporación a la relación de trabajo.

Por un lado debe tenerse en cuenta la falsedad de los recibos ya analizada y por otro, la versión que puede extraerse sobre el punto de las deposiciones testimoniales. (Alvarez fjs 56, Magallanes fjs. 62)

Todo ello habilita deducir que la fecha de inicio del vínculo es coincidente con la manifestada por el actor.

En consecuencia se desestimarà el agravio y se confirmará la solución de la sentencia de primera instancia.

4.5. Liquidación de licencia, salario vacacional y aguinaldo.

Nuevamente el libelo recursivo carece de una crítica fundada a la decisión de primer grado, lo que conduciría a la solución ya citada prevista por el art. 253.1 del CGP. Empero y a mayor abundamiento debe decirse que si el cuestionamiento del demandado refería al número de jornadas trabajadas, la prueba de éstos era de su carga en aplicación del principio de disponibilidad del medio probatorio.

Entonces, en la medida que nada de lo que le incumbía

probar probò, mal puede pretender que se pronuncie sentencia a su favor.

En consecuencia se confirmará la solución del grado anterior.

5. La conclusión que antecede apareja entonces la confirmación total de la sentencia atacada.

6. La actuación de los contendientes en el proceso de segunda instancia no amerita la imposición de condenas especiales. Sin embargo, y siendo de precepto, se cargarán las costas al demandado condenado.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno, FALLA:

1. Desestimase el recurso de apelación y en su mérito, confirmase la sentencia de primera instancia en todos sus términos.
2. Costas a cargo de la demandada y los costos en el orden causado. Honorarios fictos 3 B.P.C. (art.2 ley 17856) Comuníquese la sentencia al BPS. Oportunamente, remítase a la Sede de origen.

DRA. DORIS MORALES MARTINEZ
PRESIDENTA

DR. JOHN PEREZ BRIGNANI
MINISTRO

DRA. MA. ROSINA ROSSI ALBERT
MINISTRA

ESC. HELENA BRAUN MINELLI
SECRETARIA

ANEXO VI

SENTENCIA DEFINITIVA No.274/2008.-

TRIBUNAL DE APELACIONES DE TRABAJO DE PRIMER TURNO.

MINISTRO REDACTOR: DRA. ROSINA ROSSI.

**MINISTROS FIRMANTES: DRA. DORIS MORALES. DRA. ROSINA ROSSI.
DR. JULIO POSADA.**

Montevideo, 22 de octubre de 2008.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados "Argañaras Vazquez, Carlos Ariel c/ Blodysol S.A. Despidos especiales , otros." IUE 2-51.420/2006, venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la N. 93/2007 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 12vo. Turno, Dra. Susana Toscano.

RESULTANDO:

1. El recurso de apelación fue introducido por la parte demandada y, sustanciado , fue concedido y franqueado, ingresando los autos a este Tribunal el 25.4.2008

2. La Sala , en función de los puntos que constituyen el objeto de la alzada, ha optado por expedirse en decisión anticipada. (art. 200.1 CGP)

CONSIDERANDO:

1. Con el número de voluntades legalmente requeridas, confirmará la sentencia de primera instancia.

2. La atacada en lo medular fallò " Condenando al demandado a pagar al actor la indemnización por despido triple reclamada..."

La parte demandada dedujo recurso de apelación agraviándose de la solución adoptada por la sentencia respecto de la condena por indemnización por despido especial por accidente de trabajo.

3. El caso.

Bajo los límites de los puntos que han abierto la instancia y a efectos de construir la fundabilidad de la decisión, se reseñarán las particularidades de la contienda.

Carlos Ariel Argañas Vazquez dijo haber trabajado para la demandada desde el 17.9.2003 al 15.8.2006 como auxiliar de ventas con un salario mensual al cese de \$5.358 de lunes a viernes de 8.30 a 12.30 y de 14.30 a 18.30 hs.

Agregó que el 28.6.2006 sufrió un accidente de trabajo mientras estaba trabajando por el que estuvo amparado al BSE hasta el 14.8.2006

La empresa empleadora, el 31.7.2006, cuando todavía estaba amparado al seguro, le intimó el reintegro bajo apercibimiento; cuando el 15.8.2006 se presentó con el alta, no lo reincorporó; y el 14.8.2006 le mandó un telegrama comunicando que se había configurado el abandono.

En base a ello demandó la condena por la indemnización por despido especial por accidente de trabajo al amparo del art. 69 de la ley 16.074.

La demandada por su parte repelió la acción admitiendo la ocurrencia, lugar y fecha del accidente pero su desconocimiento acerca de lo que le había ocurrido al trabajador así como del alta, derivado todo ello de su conducta omisiva y negligente. Sostuvo que en varias oportunidades le solicitó que acreditara su certificación por el BSE pero ante la omisión del trabajador y luego de haber esperado tiempo suficiente, el 31.7.2006 le envió el telegrama intimándole el reintegro o la justificación de inasistencias en legal forma y bajo apercibimiento de abandono de cargo.

Agregó que en función de los certificados que presentó en la presente acción, fueron tres los períodos de certificación, de allí que en cada uno de ellos el actor pudo y debió informarle.

4. Los fundamentos de la revocación que se dispondrá.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda bajo una doble fundamentación: por un lado postuló que el trabajador no obró de buena fe al no concurrir o comunicarse con la empleadora; y por otro, y en atención a la regla del art. 69 de la ley 16.074, acogió la pretensión agregando que la empresa debió antes de remitir el telegrama del 14.8.2006 - configurativo del abandono - actuar con la diligencia debida interiorizándose de la situación del actor en el BSE.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, aunque variando sus fundamentos, según se explicitará.

4.1. En cuanto a los hechos que sustentan el acogimiento de la pretensión:

+ Carlos Argañas sufrió un accidente de trabajo el 28.6.2006.

+ El BSE lo amparó asistiéndolo hasta el 11.8.2006 cuando le otorgó el alta. (fjs. 5 y 46)

+ El 31.7.2006 la empleadora le cursó un telegrama colacionado intimándole el reintegro o la justificación de las inasistencias, bajo apercibimiento de considerar su situación como abandono de trabajo.

+ El mismo 14.8.2006 que obtuvo el alta del BSE, recibió un telegrama colacionado de la empresa que le anunciaba la configuración del abandono de trabajo. (fjs. 7)

+ Carlos Argañas se presentó a la empresa el 15.8.2006 y no fue readmitido.

4.2. En cuanto al derecho que sustenta el amparo:

La protección del empleo del trabajador accidentado reglada por el art. 69 de la ley 16.074, no reclama en la esfera del trabajador, otra obligación más que la presentación a trabajar dentro de los quince días de obtenida el alta.

En puridad, y en la medida que este período de quince días no tiene asegurado remuneración alguna, debe calificárselo como una carga para el trabajador y no como una obligación . En efecto. Cuanto antes se presente a trabajar luego del alta, antes comenzará a correr el plazo de quince días que beneficia al empleador para instrumentar lo necesario para cumplir la obligación legal (en este caso sí, obligación ya que la ley prevé sanción para el incumplimiento) de reintegrarlo.

Vale decir que, a partir del alta el trabajador posee la carga de reintegrarse. En ello consiste la disciplina legal. Nada más que ello. Ni informar a la empresa, ni presentar certificados expedidos en el curso de la atención del accidente por el BSE.

El derecho a la protección en el empleo organizado por la ley 16.074 comprende un derecho del trabajador a ser reintegrado y para el caso de la violación del derecho, y como consecuencia de tal ilicitud, la respuesta consiste en una indemnización especial , distinta y mayor que la común.

Siendo tal el diseño legal de la protección del empleo del accidentado, basta el alta y la presentación del trabajador a la empresa dentro de los quince días para que, si no es reintegrado en los siguientes quince días, se origine en su favor un derecho a obtener una indemnización especial .

El hermeneuta no se encuentra autorizado para, por vía interpretativa, crear obligaciones en la esfera del sujeto beneficiario , que la ley de orden público no prevé. Ello por cuanto, toda la ley 16.074 no hace más que reglamentar el derecho humano fundamental garantizado por el art. 67 de la Constitución a la protección de la contingencia del accidente de trabajo. De allí que la interpretación del art. 69 de la ley 16.074 deba realizarse en comunión con la garantía de protección constitucional. Esto es, una interpretación constitucionalizante de la regla que disciplina el ejercicio del derecho que significa dotarlo de la mayor amplitud y posibilidad de desarrollo y ejecución.

En efecto. La necesaria coherencia y armonía del ordenamiento jurídico todo - integrado tanto por las reglas de derecho constitucionales e infraconstitucionales - por un lado y por otro, la consideración de que la constitución contiene un programa de principios y valores que condicionan el elenco normativo inferior, constituyen el fundamento del postulado de la *"aplicación constitucionalizante"* del ordenamiento jurídico inferior.

Esto es que, la unidad del ordenamiento jurídico, la supremacía constitucional y la eficacia inmediata y directa permiten deducir ciertos valores o bases éticas que por un lado hacen a esa coherencia interna y por otro, se comportan de forma permeable hacia el ordenamiento inferior. (Cajarville, Juan Pablo. "Supremacía consitucional e interpretación" en Rev. Derecho Público 1/1992 pag. 56; García de Enterría, E. La constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Citado por Cajarville; Guastini, R. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Neoconstituconalismo(s) pag. 49.)

Ello significa que la regla de derecho infraconstitucional debe ser aplicada en comunión con los principios y valores constitucionales entendiendo por tales los expresamente reconocidos como los implícitos que conforman el bloque de constitucionalidad. Y en particular, y en su vinculación al caso en debate, debe entenderse que la aplicación de la regla

infraconstitucional sentada en el art. 69 de la ley 16.074 (su interpretación y subsunción al caso concreto) debe realizarse de conformidad con los principios y valores del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. Entre ellos, el derecho a la protección ante el infortunio laboral.

Esta invasión de la constitución en el ordenamiento inferior, pauta la labor del hermeneuta de tal modo que lo conduce a interpretar el ordenamiento inferior en perfecta comunidad y coherencia con la garantía de protección del derecho sustentada por aquella.

Por cuanto viene de decirse, como en el caso, el trabajador cumplió con la carga de presentarse a trabajar en el plazo legal de quince días, la acción del empleador entendiéndose que aquel había abandonado el trabajo mientras estaba aún amparado, merece calificarse como ilícita y violatoria del derecho a la protección del empleo de accidentado. Por ende, acreedora de la sanción legal.

7. La actuación de los contendientes en el proceso de segunda instancia no amerita la imposición de condenas especiales.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno, **FALLA:**

1. **Desestímase el recurso de apelación deducido por la parte demandada y en su mérito, confírmase la sentencia de primera instancia.**
2. **Costas a cargo de la demandada y los costos en el orden causado. Honorarios fictos 3 B.P. y C. Oportunamente , remítase a la Sede de origen.**

DRA.DORIS MORALES MARTINEZ
PRESIDENTE

DRA.ROSINA ROSSI ALBERT
MINISTRO

DR.JULIO POSADA XAVIER
MINISTRO

ESC.HELENA BRAUN MINELLI
SECRETARIA