

**TEMAS DA LEI
Nº 13.467/2017**
(REFORMA TRABALHISTA)

À luz das normas internacionais

Ministério Público do Trabalho

Procurador-Geral do Trabalho

Ronaldo Curado Fleury

Vice-Procurador-Geral do Trabalho

Luiz Eduardo Guimarães Bojart

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral do Trabalho

Rafael Dias Marques

Chefe de Gabinete do Vice-Procurador-Geral do Trabalho

Daniela de Moraes do Monte Varandas

Diretor-Geral

Leomar Daroncho

P853t

Porto, Lorena Vasconcelos.

Temas da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) : à luz das normas internacionais / Lorena Vasconcelos Porto, Silvio Beltramelli Neto, Thiago Gurjão Alves Ribeiro. — Brasília : Gráfica Movimento, 2018.

148 p. ; 22,5 cm.

ISBN 978-85-66507-23-2.

1. Direitos humanos. 2. Terceirização. 3. Trabalho autônomo. 4. Jornada de trabalho. 5. Poder Judiciário – Brasil. 6. Direito comparado. I. Beltramelli Neto, Silvio. II. Ribeiro, Thiago Gurjão Alves. III. Título.

CDU 331(81)

**TEMAS DA LEI N.º 13.467/2017
(REFORMA TRABALHISTA)
À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS**

**Lorena Vasconcelos Porto
Silvio Beltramelli Neto
Thiago Gurjão Alves Ribeiro**

**TEMAS DA LEI N.º 13.467/2017
(REFORMA TRABALHISTA)
À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS**

SUMÁRIO

Introdução	6
O dever de proteção dos direitos humanos pelo Poder Judiciário ..	8
Terceirização	38
Trabalho autônomo	64
“Pejotização”	92
A prevalência do negociado sobre o legislado	122
A desvinculação da jornada de trabalho das normas de proteção da saúde e segurança	130
Bibliografia.....	140

INTRODUÇÃO

A aprovação da Lei n. 13.467/2017 - (Reforma Trabalhista) -, com transformações profundas na regulamentação das relações de trabalho no Brasil, suscitou uma série de controvérsias durante o seu processo legislativo, inclusive quanto à necessidade de compatibilidade em relação aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Já nessa fase, o Ministério Público do Trabalho e representantes de trabalhadores (no caso, a Central Única dos Trabalhadores – CUT) adotaram as primeiras providências para se obter do Comitê de Normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) informações a respeito da interpretação autêntica de convenções ratificadas pelo Brasil quanto a temas que o projeto de lei abordava e cuja redação poderia ir de encontro a tais normas.

Aprovado o texto legal, a tarefa dos operadores do direito passa a ser de importância ainda maior: a eles cabe definir o sentido e alcance das disposições da nova lei, que não podem ser interpretadas sem considerar todo o arcabouço jurídico-normativo existente, tanto para a sua conformação com o texto constitucional, como também em relação aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e, ainda, para que sejam analisadas e interpretadas de maneira harmônica e sistemática em relação às disposições legais de mesmo status normativo, para a solução de antinomias e com atenção aos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Para contribuir com tal tarefa e atento à missão constitucional do Ministério Público do Trabalho, o Procurador-Geral do Trabalho criou Grupos de Trabalho para analisar pontos da reforma de maior relevância para as prioridades institucionais do MPT, considerando, respectivamente, a sua análise à luz da Constituição Federal, das normas internacionais e das disposições legais infraconstitucionais que fossem pertinentes (hermenêutica infraconstitucional).

O presente estudo reporta as atividades realizadas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria PGT n. 1138/2017, com o objetivo de “analisar e identificar as violações da Lei n. 13.467/2017 frente às Convenções da Organização Internacional do Trabalho e outras Normas Internacionais de Direitos Humanos; propor estratégias de controle de convencionalidade perante o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e elaborar Manual de Apoio aos Membros do Ministério Público do Trabalho”.

Integrantes do Grupo de Trabalho produziram então estudos sobre alguns temas identificados como prioritários para o cotejo com o referencial normativo internacional: terceirização, trabalho autônomo, pejetização, prevalência do negociado sobre o legislado e

desvinculação da jornada de trabalho das normas de saúde e segurança do trabalhador. Tais temas são precedidos por um estudo geral da maior importância, que analisa, também à luz das normas internacionais, o dever de proteção dos direitos humanos pelo Poder Judiciário.

Espera-se que os estudos produzidos no âmbito do Grupo de Trabalho possam contribuir com a interpretação e aplicação da Lei 13.467/2017 em compatibilidade com as normas internacionais em vigor no Brasil. Afinal, são tempos em que princípios fundamentais da Declaração de Filadélfia precisam ser lembrados e reafirmados: o trabalho não é mercadoria.

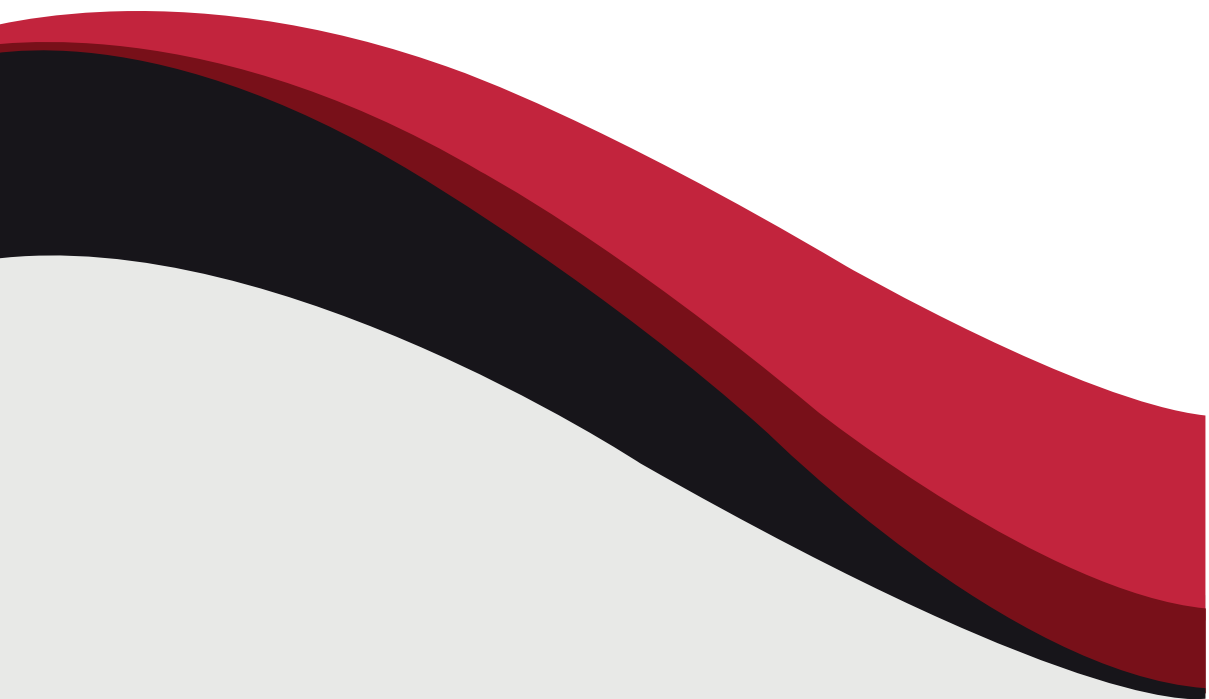
THIAGO GURJÃO ALVES RIBEIRO

Procurador do Trabalho

Coordenador do GT Controle de Convencionalidade

TEMA 1:

**O dever de proteção dos
direitos humanos pelo
Poder Judiciário**



1. Premissas técnico-jurídicas para a análise do caso: por uma visão ampla e global da proteção dos direitos humanos

1.1. O Poder Judiciário brasileiro e seu dever de proteção dos direitos humanos

Ensina o constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO que os direitos humanos desempenham quatro funções fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação¹. Esta classificação coloca em clara evidência o papel de sujeito passivo do Estado frente aos direitos humanos.

A **função de defesa ou de liberdade** é decorrência da histórica preocupação com a limitação do poder estatal, gênese dos direitos humanos, que põem, então, os interesses do cidadão (em especial a sua liberdade) a salvo da intervenção arbitrária do Estado.

A **função de prestação social** está associada aos direitos humanos cuja concretização (otimização) dependa de providências positivas do Estado, *v.g.*, saúde, educação e segurança.

A **função da proteção perante terceiros**, embora igualmente oponível ao Estado, distingue-se da função de prestação social por exigir providências estatais voltadas à proteção dos titulares de direitos humanos em face da violação perpetrada por terceiros (outros particulares). Esta hipótese trata, mais propriamente, de medidas de proteção (ação de proteger para evitar ação de violação) e não de promoção (ação para permitir que direito seja fruído), como visto na função anterior. No exercício desta função de proteção perante terceiros, os diferentes órgãos estatais são instados a prevenir e reprimir afrontas a direitos humanos, principalmente mediante providências administrativas (Poder Executivo), edição de leis punitivas (Poder Legislativo) e realização de investigações, julgamentos e imposição de sanções (autoridade policial, Ministério Público e Poder Judiciário).

A **função de não discriminação** deriva da igualdade como pilar da salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Deve o Estado tratar seus cidadãos como iguais, em todas as suas instâncias de atuação (administrativa, regulamentadora e julgadora).

As quatro funções dos direitos humanos colocam em voga o equívoco que a teoria das gerações ajudou a consolidar no sentido de que há diferentes categorias de direitos humanos, as quais acarretam distintos tipos de obrigações em uma divisão estanque, quais sejam: liberdades públicas geram direitos negativos (de abstenção) e direitos econômicos, culturais e sociais geram direitos positivos (de prestação). Certo é que todo direito humano está apto a ensejar dever de respeito, promoção e proteção.

1. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-410.

O dever de respeito é consequência da função de defesa ou liberdade e da função da igualdade (mormente a formal). O dever de proteção desdobra-se da função de proteção perante terceiro. Finalmente, o dever de promoção desdobra-se da função de prestação social. O cumprimento destes três deveres deve ocorrer, imperativamente, sem qualquer discriminação negativa (especialmente a material).

É no Direito Internacional dos Direitos Humanos – ramo do Direito Internacional Público - que esse triplo ônus se encontra mais explicitamente estabelecido. À guisa de ilustração, a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, adotada pelo Brasil mediante o Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, tem a noção do dever de **respeito, proteção e promoção** dos direitos humanos incorporada logo nas suas disposições inaugurais (arts. 1.º e 2.º), ao mencionar o “dever de respeito e garantia”:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver **garantido** por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (g.n.)

Na mesma linha estão redigidos o art. 2.º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU) e os arts. 1.º e 2.º do Protocolo de San Salvador (OEA).

Note-se que o art. 2.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos denota a vasta amplitude do dever em questão, de modo a alcançar até mesmo a atuação legislativa, porquanto, impõe, de modo literal, **ao Estado-Parte a obrigação de compatibilizar seu ordenamento jurídico doméstico aos ditames da própria Convenção**, por óbvio respeitando as normas constitucionais do país. Em iguais termos encontram-se vinculadas, portanto, as instâncias administrativas e judiciárias, assim como todos os demais órgãos estatais.

Conforme adverte, de forma enfática, PEDRO NIKKEN, ex-Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disposições normativas como as citadas, de aplicação imediata (autoexecutáveis ou *self-executing*), impõem deveres de respeitar, garantir, satisfazer, proteger e legislar, deixando claro que o Estado é, juridicamente, o ente chamado a pôr em execução o sistema internacional de proteção de direitos humanos.² Afinal, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não passaria de ficção se não produzisse efeitos diretos nos planos domésticos dos Estados aos quais se direciona.

À vista do exposto, é crucial perceber que o respeito, a proteção e a promoção dos direitos humanos são de incumbência de absolutamente todos os agentes dos mais variados escalões do Estado brasileiro, na integralidade das suas instâncias, v.g. o Poder Executivo, o Poder Legislativo, **o Poder Judiciário**, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Polícias, etc.

Há que se destacar que o dever de respeito, proteção e promoção, atualmente, já não é mais encarado como aspecto obrigacional apenas relativo à conduta do Estado, indo além, para alcançar os particulares, acarretando sua necessária observação pelas pessoas físicas e jurídicas de direito privado, em suas mútuas relações, logicamente com as adaptações necessárias às circunstâncias fáticas.

Acerca da aplicação desse dever, de modo amplo, a todas as instâncias estatais, citem-se os seguintes trechos de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional ao qual compete aplicar as disposições da Convenção Americana em face dos Estados-Partes, incluindo o Brasil, que expressamente reconheceu sua jurisdição em 10 de dezembro de 1998:

Com fundamento no artigo 1.1 CADH [Convenção Americana sobre Direitos Humanos], **o Estado é obrigado a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos.** De acordo com as regras do direito da responsabilidade internacional do Estado, aplicáveis ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a ação ou omissão de qualquer autoridade pública, independentemente de sua hierarquia, constitui um fato imputável ao Estado (...) (Caso *Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70)

A responsabilidade do Estado pode surgir quando um órgão ou fun-

2 NIKKEN, Pedro. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos em el derecho interno. Revista IIDH 57 (jan-jun2003): 15.

cionário do Estado ou de uma instituição de caráter público afete, indevidamente, por ação ou omissão, alguns dos bens protegidos pela Convenção Americana. Também pode decorrer de atos praticados por particulares, como ocorre quando o Estado é omissivo ao prevenir ou impedir condutas de terceiros que violem esses bens jurídicos. (Caso *Albán Cornejo e outros. Vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. Nº 171).³

Incumbe ao julgador, portanto, reparar as lesões decorrentes da violação do Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável ao Estado, **bem como deixar de aplicar as normas internas que o contraponham ou então aplicá-las em conformidade de sentido com ele, se possível.**

É preciso que se coloque em prática a noção segundo a qual tal postura dos magistrados é **obrigação jurídica e não mera discricionariedade**, conferindo maior segurança e tranquilidade para que o aplicador do Direito se pautar pelos direitos humanos na atividade jurisdicional cotidiana, com isso aperfeiçoando a efetividade desses direitos.

A propósito, adverte NIKKEN que, ao se afirmar que se trata de uma **obrigação do juiz nacional**, a ele confere-se proteção ante o ordenamento jurídico interno, para que coloque em prática o **controle difuso ou nacional de convencionalidade**. Atuando nessa direção, o juiz nacional não só procede como juiz interamericano em nível doméstico, bem como atua como órgão executor das obrigações internacionais do Estado, no que se refere aos seres humanos que estão sob sua jurisdição.⁴

O conhecimento dos mecanismos e procedimentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, na perspectiva da atuação dos operadores do direito, desdobra-se, para além de possivelmente até então desconhecidas novas instâncias de demanda, toda uma plêiade de conceitos jurídicos e precedentes jurisprudenciais (em sentido lato) estabelecidos exclusivamente sob a inspiração dos direitos humanos e perfeitamente manejáveis nas contendas domésticas extrajudiciais e judiciais.

Para tanto, há que se ter claras as vias de interlocução, em termos jurídicos, existentes entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro, para além de uma relação bilateral entre distintos universos (própria da vetusta concepção dualista), percebendo-os como pontos de um mesmo sistema. Interessante estudo de MARCELO NEVES cuida, de modo científico e detalhado, dessa perspectiva sob a alcinha de **“transconstitucionalismo”**, assim explicado, nos dizeres do autor:

3 Trechos compilados extraídos de GARCÍA, Fernando Silva. *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: criterios esenciales*. México: Dirección General de Comunicación del Consejo de la Judicatura, 2011, p. 13-14. Tradução livre do original.

4 NIKKEN, Pedro, op. cit., p. 66.

O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado. Essa situação não deve levar, porém, a novas ilusões, na busca de “níveis invioláveis” definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável.

Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional — a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder —, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar **formas transversais de articulação** para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro.⁵

Diga-se: a sobredita transversalidade é aqui interpretada, sob o prisma dos direitos humanos e com certa liberdade, como a inescapável correlação e coordenação entre a normativa doméstica e a internacional, porquanto ambas se fundamentam no irrestrito compromisso com a dignidade da pessoa humana, o que significa que seu objeto comum deverá sempre ser o avanço na proteção dos direitos humanos no plano dos fatos (notadamente na solução dos “problemas-caso”).

Contudo, a operacionalização dessa transversalidade, de forma institucionalizada (i.e., como padrão de conduta jurídica) ainda se mostra um desafio, que começa a enfrentar obstáculos para sua superação ainda nos bancos acadêmicos, ante o histórico desequilíbrio verificado entre o estudo estanque das normas nacionais em face das internacionais, reforçando uma percepção dualista que em nada favorece os direitos humanos. Esta mesma percepção segue com o operador do Direito, nas distintas atividades profissionais desempenhadas (advocacia, magistratura, promotoria, defensorias, etc), limitando, nacionalmente, os debates e a aplicação do direito internacional a casos episódicos, selecionados e conduzidos unicamente sob a compatibilidade com o enunciado normativo interno e, pior, praticamente alijando qualquer interlocução perene entre as jurisprudências nacional e internacional.

5 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 297-298.

A alteração deste contexto a bem dos direitos humanos exige, necessariamente, uma **iniciativa dos operadores do direito na direção de intensificar a provocação das instâncias jurídicas decisórias internas para que haja o enfrentamento dos institutos e fundamentos jurídicos construídos dentro dos sistemas internacionais de proteção.**

É o que se propõe, adiante.

1.2. A imposição constitucional da aplicação qualificada do Direito Internacional dos Direitos Humanos

A preocupação da Constituição Federal de 1988 com a proteção dos direitos humanos não se limitou à declaração de direitos fundamentais e à sua proteção pela via da cláusula pétrea. Em sintonia com a aceleração do movimento global de afirmação dos direitos humanos, o texto constitucional orienta o Estado brasileiro a alinhar-se, no plano internacional, com a salvaguarda dos direitos humanos. Esta postura decorre da eleição do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como núcleo axiológico da Constituição (art. 1º, III).

Complementando e especificando o papel brasileiro face ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, o § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal preceitua: “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”. Vê-se, assim, que **a Carta Magna expressamente contempla os tratados internacionais como normas que dilatam o rol aberto de direitos declarados pelo art. 5.º, dotando-os de posição de destaque dentro do ordenamento jurídico nacional.**

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 pretendeu **intensificar o comprometimento do Estado** brasileiro com as normas internacionais de direitos humanos, ao inserir os §§ 3.º e 4.º no mesmo art. 5.º:

§ 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Sobre a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, a despeito da distinção operada pelo § 3.º do art. 5.º da Constituição Federal, explica FLÁVIA PIOVESAN, sob a perspectiva da noção de bloco de constitucionalidade, formado

pelos direitos declarados na Constituição e os que, não a integrando explicitamente, a complementam, como favorece o § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal:

Vale dizer, com o advento do § 3.º do art. 5.º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: **todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais**, por força do § 2.º do art. 5.º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3.º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

[...]

E a diversidade de regimes atem-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual o Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.⁶

Ainda que assim não se admita, a posição hierarquicamente qualificada das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro foi corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial quando do enfrentamento mais recente do tema da prisão civil do infiel depositário. Ante a crescente preocupação com a efetividade dos direitos humanos, foi no RE 466.343, de 2008, que o STF sufragou o entendimento segundo o qual os tratados de direitos humanos têm *status* supralegal, portanto hierarquicamente inferior à Constituição, mas superior às demais normas infraconstitucionais (tese da supralegalidade). A decisão havida no RE 466.343 fundamentou a aprovação, em 16 de dezembro de 2009, pelo STF da Súmula Vinculante n.º 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Corolário da posição qualificada dos tratados internacionais de direitos humanos no contexto normativo pátrio é a proteção representada pelo alcance da rigidez imposta pelo instituto da cláusula pétrea. É que, ao estabelecer o rol das suas cláusulas pétreas, a Constituição Federal, no inciso IV do § 4.º do art. 60, consagra os direitos fundamentais como um dos pilares da ordem jurídica nacional, ao lado da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, e da separação dos Poderes. A norma está assim

6 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.

enunciada: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”.

Portanto, se os tratados internacionais de direitos humanos integram, como visto, o rol de direitos fundamentais da Constituição Federal — seja formal e materialmente, pela exegese do art. 5.º, § 2.º, da Carta Magna, seja materialmente apenas, pela sua compreensão à luz do bloco de constitucionalidade —, evidenciam-se, outrossim, protegidos pela vedação de abolição por outra lei ou mesmo emenda à Constituição.

E não se diga que a “petrificação” limita-se a proteger os direitos fundamentais individuais, não abarcando os direitos sociais, entre eles os do trabalho. Que o diga SARLET, que, em favor do alcance dos direitos sociais pelo disposto no inciso IV do § 4.º do art. 60, conjuga fortes argumentos, a saber: a Constituição Federal não estabelece a preferência dos direitos fundamentais individuais sobre os direitos fundamentais sociais; todos os direitos fundamentais sociais, na medida em que estão aptos a ensejar direitos subjetivos (aplicação imediata do art. 5.º, § 1.º), ostentam dimensão individual de produção de efeitos; o § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal estatui que o rol de direitos enunciados neste mesmo artigo é exemplificativo e não taxativo; tomando-se apenas os direitos enunciados pelo art. 5.º como abarcados pela “petrificação”, a *contrario sensu* ter-se-ia que excluir dessa proteção os direitos políticos e de nacionalidade (arts. 14 a 17), corriqueiramente tratados como direitos individuais; existência de “limites implícitos de reforma”, a escurar o texto constitucional de afronta à sua “identidade social”, aferível do preâmbulo, dos fundamentos e objetivos da República (arts. 1.º e 3.º) e do extenso rol de direitos sociais enunciados no Capítulo II do Título II; e, finalmente, o respeito à obrigação de não retrocesso social.⁷

A propósito, CANOTILHO assim conceitua o não retrocesso social:

[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.⁸

7 SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333-394.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 340.

Além dos ditames da Constituição Federal com “identidade social”, o Brasil, outrossim, encontra-se obrigado a observar a **proibição do retrocesso social** por força da adesão (Dec. 3.321/99) ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido por “Protocolo de San Salvador”, firmado no âmbito da OEA – Organização dos Estados Americanos. O Protocolo em seu art. 1.º, impõe aos poderes públicos a adoção “progressiva” de medidas de implementação dos direitos sociais:

Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, **progressivamente** e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo. (g.n.)

Nesta trilha encontra-se a Declaração Referente aos Fins e Objetivos da OIT — “Declaração da Filadélfia” de 1944:

V. A Conferência afirma que os princípios contidos na presente Declaração convêm integralmente a todos os povos e que sua **aplicação progressiva**, tanto àqueles que são ainda dependentes, como aos que já se podem governar a si próprios, interessa o conjunto do mundo civilizado, embora deva-se levar em conta, nas variedades dessa aplicação, o grau de desenvolvimento econômico e social atingido por cada um. (g.n.)

É certo que a vedação do retrocesso social (“efeito *cliquet*”, para os franceses) não significa a impossibilidade absoluta de alteração das normas voltadas à implementação de direitos sociais, mas **exige que a sua modificação não importe em supressão do direito em si ou perda qualitativa do patamar de efetividade anteriormente alcançado**.

A proibição do retrocesso social, ao mirar não apenas as medidas supressivas de direitos sociais, mas também aquelas que acarretem a atrofiação do patamar de efetividade já obtido, chama a atenção para que **inconstitucionais não são apenas as normas reformadoras que, deliberadamente, visem excluir um direito social previsto na Constituição Federal**. Tal advertência pode e deve ser estendida aos demais direitos fundamentais, à luz da literalidade do caput do art. 60, que, ao dispor “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”, impõe o **rechaço de qualquer norma jurídica que, embora**

não leve o direito fundamental à extinção, contribua, sem amparo constitucional, para o seu sacrifício.

1.3. Os tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis ao caso *sub judice*

É certo que o Brasil, desde o desencadeamento do novo panorama de proteção dos direitos humanos, a partir da criação da ONU, sempre participou dos debates e da formulação de normas internacionais, inclusive ratificando determinados tratados, nos âmbitos das Nações Unidas, da OIT e da OEA. Contudo, essa participação ocorreu sem o efetivo comprometimento.

Essa postura brasileira “pró-forma” e retórica perdura até a reabertura democrática dos anos 80, quando se verifica uma clara mudança da preocupação pontual e retórica com os direitos humanos para um engajamento político e jurídico na linguagem desses direitos.

Consequência mais recente de tal engajamento é a submissão do Estado brasileiro a dois dos mais importantes sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o sistema universal (ou global) — no âmbito da ONU, que tem a OIT como uma de suas agências especializadas —, e o sistema regional interamericano — no âmbito da OEA. Lembrando que o Estado brasileiro, valendo-se de sua soberania para relativizar esta conduta, aceita prestar contas aos mecanismos internacionais de monitoramento e apuração de afrontas a direitos humanos.

No que tange aos direitos trabalhistas contemplados em normas internacionais, existe farta previsão normativa, perpassante por todo tipo de documento jurídico internacional, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. XXIII e XXIV) e pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (art. XIV). Tratados pretensamente dedicados a direitos civis e políticos também apresentam disciplina relativa ao trabalho, como, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (arts. 8º e 22) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 6º e 16). Diga-se o mesmo de diversos tratados que versam sobre temas específicos, *v.g.* a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. V), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (arts. 8º, 11 e 14), Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 32) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (arts. 8º e 27). Isso sem falar nas centenas de convenções e recomendações específicas da OIT.

As disposições normativas internacionais sobre o trabalho oponíveis ao Brasil devem ser, consoante já aduzido, alvo de prevalente aplicação, sob a ótica de seu *status* hierárquico qualificado no ordenamento jurídico, bem como do ponto de vista do cumprimento pelos agentes públicos do Poder Judiciário do dever estatal de proteção dos direitos

humanos. Daí que os fatos *sub judice* devem, necessariamente, ser analisados, de saída, pelas normas internacionais a seguir pontuadas.

Em se tratando da “norma fundamental” do estabelecimento da moderna proteção internacional dos direitos humanos – a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU, de 1948, tem-se a premissa exposta a seguir:

Artigo 1º 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.

Artigo 2º Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo 3º Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4º Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo 5º Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 6º Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 8º Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.⁹

9 Declaração Universal dos Direitos Humanos. <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> [Acesso

O documento normativo densificador dos direitos essenciais previstos na Declaração Universal de 1948, o PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DE 1966¹⁰, promulgado, no Brasil, pelo Decreto n.º 531/92, estabelece que:

ARTIGO 3º Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.

ARTIGO 4º Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

(...)

ARTIGO 6º

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

ARTIGO 7º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

em 14 de março de 2018]

10 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais De 1966, promulgado, no Brasil, pelo Decreto n.º 531/92 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm [Acesso em 14 de março de 2018]

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) A segurança e a higiene no trabalho;

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

ARTIGO 8º

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.

c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas:

d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

(...)

ARTIGO 18: Em virtude das responsabilidades que lhe são conferidas pela Carta das Nações Unidas no domínio dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o Conselho Econômico e Social poderá concluir acordos com as agências especializadas sobre a apresentação, por estas, de relatórios relativos aos progressos realizados quanto ao cumprimento das disposições do presente Pacto que correspondam ao seu campo de atividades. Os relatórios poderão, incluir dados sobre as decisões e recomendações referentes ao cumprimento das disposições do presente Pacto adotadas pelos órgãos competentes das agências especializadas.

ARTIGO 19: O Conselho Econômico e Social poderá encaminhar à Comissão de Direitos Humanos, para fins de estudo e de recomendação de ordem geral, ou para informação, caso julgue apropriado, os relatórios concernentes aos direitos humanos que apresentarem os Estados nos termos dos artigos 16 e 17 e aqueles concernentes aos direitos humanos que apresentarem as agências especializadas nos termos do artigo 18.

Na seara interamericana da OEA, a DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM de 1948¹¹, é estatuído:

Artigo 1º Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

Artigo 2º Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.

11 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm [Acesso em 14 de março de 2018]

Artigo 3º Toda pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e de manifestá-la e praticá-la pública e particularmente.

Artigo 4º Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.

Artigo 5º Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.

(...)

Artigo 14. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

Artigo 15. Toda pessoa tem direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico

Artigo 16. Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as conseqüências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

O detalhamento dos direitos humanos sociais, no âmbito interamericano, coube, de modo mais enfático, ao PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS - "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR"¹², o qual, promulgado no Brasil, pelo Decreto n.º 3.321/99, diz, na mesma linha das normas anteriores, sobre o tema:

Artigo 1º Obrigação de adotar medidas

Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas

12 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Em Matéria De Direitos Econômicos, Sociais E Culturais, "Protocolo De San Salvador http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm [Acesso em 14 de março de 2018]

necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

Artigo 2º Obrigação de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições deste Protocolo, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos.

Artigo 4º Não-admissão de restrições

Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Artigo 5º Alcance das restrições e limitações

Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bemestar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos.

Artigo 6º Direito ao trabalho

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.

2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Artigo 7º Condições justas, eqüitativas e satisfatórias de trabalho

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, eqüitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

a. Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário eqüitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;

b. O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicarse à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional;

c. O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;

d. Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional;

e. Segurança e higiene no trabalho;

f. Proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinarse às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiarse da instrução recebida;

g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h. Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

Note-se, pois, que os direitos trabalhistas são objeto de explícita enunciação pelas normas internacionais mais fundamentais, dedicadas à salvaguarda da Dignidade da Pessoa Humana dentro dos sistemas internacionais global e interamericano, o que faz concluir ser consenso jurídico-internacional não haver existência digna onde não há a garantia ao patamar mínimo de proteção trabalhista dada por lei.

Prioritariamente, a progressividade e a vedação ao retrocesso social são evidenciadas na CONVENÇÃO N.º 117 de 1962 DA OIT CONVENÇÃO SOBRE POLÍTICA SOCIAL (OBJETIVOS E NORMAS BÁSICAS) ¹³aprovada em 1962, entrando em vigor em 1964 e ratificada no Brasil em 24 de março de 1969¹⁴

PARTE I PRINCÍPIOS GERAIS

Art. I — 1. Qualquer política deve visar principalmente ao bem-estar e ao desenvolvimento da população, bem como à promoção de suas aspirações de progresso social.

2. Qualquer política de aplicação geral deverá ser formulada tomando na devida conta suas repercussões sobre o bem-estar da população.

PARTE II ELEVAÇÃO DOS NÍVEIS DE VIDA

Art. II — A elevação dos níveis de vida será considerada como o principal objetivo no planejamento do desenvolvimento econômico.

A propósito, afigura-se imprescindível um olhar mais atento dos operadores do Direito para a experiência histórica e duradoura da OIT. Trata-se do primeiro organismo internacional a estabelecer um sistema perene de monitoramento e apuração de violação de certas normas de direitos humanos, a ponto de se tornar o grande referencial do sistema erigido (e, depois, aperfeiçoado) a partir da criação da ONU e da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos. E destaque-se: esse mesmo organismo vanguardista estava, como está, incumbido da proteção de normas essencialmente sociais, atinentes às relações de trabalho.

Nota-se que a OIT é referência em matéria de proteção internacional de direitos sociais, porquanto, em uma sociedade capitalista, tomada pela globalização financeira, a regulamentação da venda da força de trabalho toca o “coração” de todo o sistema, e, conseqüentemente, do aspecto econômico atávico à realização de qualquer direito social. Ade-

13 ‘Convenção sobre Política Social (Objetivos e Normas Básicas), de 1962’: http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235329/lang--pt/index.htm [Acesso em 14 de março de 2018]

14 Dados do sitio da “Convenções” OIT: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm> [Acesso em 14 de março de 2018]

mais, tratados internacionais de direitos humanos que são, as Convenções da OIT, quando oponíveis ao Estado brasileiro (como *in casu*), tem sua aplicação imposta, com destaque.

1.4. O controle de convencionalidade como instrumento da observância pelo Poder Judiciário do dever de proteção dos Direitos Humanos

O processo internacional dos direitos humanos – conjunto de regras e procedimentos relativos ao monitoramento e apuração, pelas Organizações Internacionais, de violação de direitos humanos – tem estabelecida uma premissa sólida, alicerçada sobre o instituto da soberania estatal e da autodeterminação dos povos e que diz respeito ao seu aspecto subsidiário.

Segundo o pressuposto da subsidiariedade, é dever primário dos Estados, em seu âmbito doméstico, adotar as providências de proteção e promoção dos direitos humanos e, em caso de violação, proporcionar a reparação dos danos decorrentes, tal como contemplado no direito internacional, entendido em sentido lato (tratados, costume internacional, princípios gerais e demais fontes formais e materiais).

Sendo assim, as recomendações e deliberações vinculantes dos órgãos internacionais terão lugar tão somente na hipótese de o Estado falhar na consecução do seu dever de proteção dos direitos humanos.

Pois bem. Se o caso comportar a intervenção internacional, discute-se, na tensa seara da soberania estatal, acerca da possibilidade de órgãos internacionais, em especial as Cortes internacionais de direitos humanos, apreciarem normas de direito interno, aprovadas segundo o processo legislativo do país.

A despeito do viés polêmico do tema, os debates, muitas vezes, sofrem com a equivocada colocação da questão. Recorrentemente, os que se arvoram contra a manifestação dos tribunais internacionais em face de norma interna classificam a hipótese como sendo de agressão à soberania e de usurpação da competência do Poder Judiciário local para o controle de constitucionalidade – instrumento de compatibilidade de certa lei com o ordenamento jurídico local.

Ocorre que as Cortes internacionais não examinam a compatibilidade de uma norma nacional com a Constituição do Estado em que se produziu, mas a compatibilidade entre a norma nacional e as normas internacionais de direitos humanos, sobretudo as convenções internacionais. Não se trata, pois, de controle de constitucionalidade, mas, sim, do que se convencionou denominar “controle de convencionalidade”, conceito desenvolvido principalmente no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte IDH”).

O controle de convencionalidade advém do entendimento de que a produção de leis é um dos diversos instrumentos estatais que podem servir tanto para promover e proteger os direitos humanos, quanto para afrontá-los. Nessa perspectiva, o ato nacional de legislar apresenta-se, para os órgãos internacionais, como um fato (ato do Estado) que deve ser analisado, como qualquer outro, à luz das normas internacionais de direitos humanos. Isto porque aos Estados-Partes não é dado isentarem-se do cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos sob a alegação de suposta incompatibilidade com normas, Constituição ou princípios de direito interno. Relembre-se que diversas convenções internacionais de direitos humanos já preveem, expressamente, a obrigação estatal de adequar a sua legislação interna ao compromisso internacionalmente assumido (*vide* o já transcrito art. 2.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). A respeito, consignou a Corte IDH:

Esta Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império de lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, **o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação das leis contrárias ao seu objeto e finalidade**, as quais, desde o início, carecem de efeitos jurídicos¹⁵.

Isto posto, concluindo pela incompatibilidade da norma interna com o direito internacional dos direitos humanos, a Corte sentenciará declarando a responsabilidade internacional do Estado por violação e exigindo as reparações decorrentes, sem que isso importe na invalidade daquela norma perante o ordenamento jurídico nacional.

Espera-se, por óbvio, que o controle de convencionalidade esteja presente, previamente, na própria atividade legislativa doméstica. A respeito, alerta SARLET:

[...] há que se considerar que o controle de convencionalidade (interno) não é um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se

15 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124. Tradução livre.

aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na espera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara.¹⁶

Tal quadro abre espaço para que, acerca de determinada lei, um exame de constitucionalidade feito pela autoridade nacional competente possa ir de encontro ao controle de convencionalidade dessa mesma lei pelo tribunal internacional, haja vista que os parâmetros de compatibilidade são distintos (Constituição e normas internacionais, respectivamente).

Exemplo emblemático é o caso brasileiro da Lei n.º 6.683/79 (“Lei de Anistia”), objeto da ADPF n.º 153, perante o STF, e do caso “Gomes Lund e Outros vs. Brasil”, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, demandas que chegaram a tramitar concomitantemente. Na ADPF, que pretendeu dar ao art. 1.º daquela referida lei interpretação conforme à Constituição Federal, de modo a excluir do benefício da anistia os agentes do regime militar que tenham praticado crime à época da ditadura, o STF, por maioria de votos, manteve o entendimento segundo o qual tais agentes também foram abarcados pelo beneplácito legal. Já a Corte Interamericana, meses depois, sufragou posicionamento já firmado em outros casos, declarando, entre os fundamentos de sua sentença, a incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira com as normas interamericanas de direitos humanos aplicáveis ao Brasil.

Entretanto, com fulcro na decisão da Corte IDH e cumprindo a obrigação de aplicação prevalente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Magistrados brasileiros, a despeito da posição do STF, passaram, mais recentemente, a admitir as primeiras ações penais contra agentes estatais do regime ditatorial acusados de crimes comuns, afastando a incidência da Lei de Anistia, no exercício de verdadeiro controle de convencionalidade.

Com efeito, de modo a evitar que os tribunais internacionais sejam levados a exercer o controle de convencionalidade em face de normas domésticas, **é imperioso que os juízes, nas respectivas searas nacionais e dentro de suas competências (material e territorial), já pratiquem esse juízo de convencionalidade**, na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos integra o ordenamento jurídico interno (no caso do Brasil, por força sobretudo do § 2º do art. 5º da CF), bem assim porque todos os agentes estatais, incluindo os magistrados do Poder Judiciário, estão adstritos ao dever de respeitar, proteger

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. Consultor Jurídico, 10 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>.

e promover os direitos humanos, de acordo com os padrões adotados pelos tratados, pelas normas costumeiras e pela jurisprudência internacionais.

Essa vinculação dos juízes nacionais à aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é objeto de inúmeras manifestações da Corte IDH, em julgamentos de casos contenciosos, e vem lastreando a construção jurisprudencial da ideia de “controle difuso de convencionalidade” (para alguns, controle nacional ou interno). Segundo tal classificação — admitidamente inspirada na distinção clássica de Direito Constitucional sobre os tipos de controle de constitucionalidade —, o **controle de convencionalidade difuso ou nacional deve ser exercido pelos magistrados do Poder Judiciário local, aos quais incumbe, primeira e preferencialmente, examinar, ex officio, a compatibilidade de determinada norma doméstica com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, deixando de aplicá-la, no âmbito da demanda sob jurisdição, na hipótese de desconformidade.** Em falhando esse controle difuso, à vista do aspecto subsidiário do processo internacional dos direitos humanos, caberá à corte internacional colocar em prática o controle concentrado de convencionalidade.

Vale transcrever as passagens em que a Corte IDH consolida tal distinção e, com isso, imputa aos juízes nacionais a importante e estratégica missão de fazer valer os comandos internacionais de proteção dos direitos humanos (leia-se: não apenas os tratados, mas também o costume e a jurisprudência internacional):

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” das normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação, conferida pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.¹⁷

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a essa, o que os obriga a velar para que o efeito útil da convenção não se veja mitigado ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Interamericana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes.¹⁸

17 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124. Tradução livre.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Aguado Alfaro e Outros vs. Perú. Exceções

Perceba-se que, conquanto seja um conceito desenvolvido pela jurisprudência da Corte IDH, o preceituado controle não se limita a se realizar em face de apenas de convenções da OEA, mas de qualquer norma internacional de direitos humanos, como faz questão de consagrar aquele próprio tribunal interamericano:

O Tribunal também estabeleceu na sua jurisprudência que, quando um Estado é signatário de tratados internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção de Belém do Pará, tais tratados obrigam a todos os seus órgãos, incluindo o Poder Judiciário, cujos membros devem zelar para que os efeitos das disposições destes tratados não sejam afetados pela aplicação de normas ou interpretações contrárias ao seu objeto e finalidade. Juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer *ex officio* o “controle de convencionalidade” entre as normas internas e os tratados de direitos humanos dos quais é parte o Estado, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, como o Ministério Público, devem levar em conta não só a Convenção Americana e outros instrumentos interamericanos, mas também a interpretação destes fez com que o Tribunal de Justiça. Na mesma linha: *Case Vs. Black River Massacres Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Acórdão de 4 de Setembro de 2012, para. 262.¹⁹

Ademais e sobretudo para o presente caso, o controle de convencionalidade difuso ou nacional não se circunscreve a analisar a adequação de uma norma nacional em face dos tratados internacionais. Para além disso, esse controle admite e até propõe a aplicação alinhada às convenções internacionais, quando o caso permite. Trata-se do instituto da “interpretação conforme”. Sob tal prisma, **se possível no caso concreto, a interpretação conforme afigura-se importante instrumento para ser utilizado não apenas tendo como parâmetro o texto constitucional, mas também as normas internacionais de direitos humanos a que se submete o Estado**, como pontua a Corte IDH:

Assim, nos chamados sistemas difusos de controle de constitucionalidade, onde todos os juízes têm competência para deixar de aplicar

Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006, parágrafo 128. Tradução livre.

19 CORTÉ INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações y Custas. Sentença de 20 novembro de 2012.

uma lei ao caso concreto por contrariar a Constituição nacional, o grau de “controle de convencionalidade” resulta de maior alcance, ao terem todos os juízes nacionais a atribuição de não aplicar a norma contrária à Convenção. Trata-se de um nível intermediário de “controle”, que operará apenas se não se mostrar possível a “interpretação conforme” da normatividade nacional com o Pacto de San José (ou de alguns outros tratados internacionais, como veremos mais adiante) e da jurisprudência convencional. Através dessa “interpretação conforme” salva-se a “convencionalidade” da norma interna. O grau de intensidade máximo do “controle de convencionalidade” pode ser verificado pelas altas jurisdições constitucionais (normalmente os últimos intérpretes constitucionais em um determinado ordenamento jurídico), que geralmente têm, ademais, a faculdade de declarar a invalidade da norma inconstitucional com efeitos erga omnes. Se trata de uma declaração geral de invalidade por “inconvencionalidade” da norma nacional.²⁰

Para este Tribunal, não [é suficiente] apenas a supressão ou a edição de normas de direito interno que garantam os direitos contidos na Convenção Americana, em conformidade com a obrigação abrangida pelo artigo 2 da Convenção. Também é necessário o desenvolvimento de práticas estatais que conduzam à efetiva observância dos direitos e liberdades consagrados pela Convenção. Por conseguinte, a existência de uma norma não garante por si só que a sua aplicação seja adequada. É necessário que a aplicação das regras ou a sua interpretação, nas práticas jurisdicionais e expressões da ordem pública do Estado, encontrem-se conforme à finalidade do artigo 2 da Convenção.²¹

Em conclusão, com base no controle de convencionalidade, é necessário que as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais sejam aplicadas de forma adequada aos princípios estabelecidos na jurisprudência desta Corte neste caso.²²

20 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010, Voto Arrazoado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (juiz ad hoc), parágrafo 36. Tradução livre.

21 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009, parágrafo 338. Tradução livre.

22 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009, parágrafo 338. Tradução livre

O controle de convencionalidade difuso já é uma realidade na Prestação Jurisdicional brasileira. No âmbito do STF, a contemporaneidade do tema foi afirmada por diversos Ministros, no julgamento da ADI n.º 5.240/SP, a despeito de sua improcedência, *in verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

2. O **direito convencional** de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.

(...)

11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

[Trecho do voto do Ministro TEORI ZAVASCKI]

(...) a questão da natureza do Pacto de São José da Costa Rica surge, na verdade, porque a convenção trata de direitos humanos. Se tratasse de outros temas, penso que não haveria dúvida a respeito da sua natureza equivalente à lei ordinária, e há afirmação do Supremo Tribunal Federal, desde muito tempo nesse sentido.

A questão surgiu com a Emenda nº 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda nº 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), **penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma**

norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal.

De modo que **não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto.**

[Trecho do voto do Ministro GILMAR MENDES]

Acho que o debate é extremamente oportuno e importante, inclusive, agora o ponto que Vossa Excelência mencionou - **queria cumprimentá-lo pelo voto - e também para o ponto ao qual chama atenção o ministro Teori, que é essa questão do possível controle de convencionalidade**, que dizer, como nós vamos lidar com isso a partir da própria jurisprudência do Tribunal. (STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 5.240/SP – Julgamento: 20/08/2015)

Ainda no âmbito do STF, é possível constatar-se episódios de exercício de controle de convencionalidade aplicado a **matérias trabalhistas:**

EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETOLAI Nº 972, DE 1969. (...) 8. **JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA.** A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “La colegiación obligatoria de periodistas” - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). (RExt. 511.961 – Rel. Min. Gilmar Mendes — julg. 17/06/2009 – g.n.)

Acontece que esse caso me parece peculiar, e muito peculiar – se o

superlativo for admitido eu diria peculiaríssimo –, porque a lei federal faz remissão à **Convenção da OIT 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como de direito fundamental (saúde), tem o status de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal** que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte, etc., do amianto. (...) De maneira que, retomando o discurso do Ministro Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a Constituição Federal nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral. E, como estamos em sede de cautelar, há dois princípios que desaconselham o referendunum à cautelar: o princípio da precaução, que busca evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para gerações presentes; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para gerações futuras. Nesse caso, portanto, o *periculum in mora* é invertido e a plausibilidade do direito também contraindica o *referendunum* a cautelar. Senhor Presidente, portanto, pedindo todas as vênias, acompanho a dissidência e também não referendo a cautelar. (ADI 3.937-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Carlos Britto, julgamento em 4-6-2008, Plenário, DJE de 10-10-2008)

Alega-se que os Estados da federação têm legislado de forma contrária à Constituição. Estou convencido de que essas normas não são inconstitucionais. Por duas razões. A primeira é a existência de norma que respalda a postura legislativa adotada pelos estados. Trata-se da Convenção n. 162, da Organização internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991. Este tratado é um compromisso, assumido pelo Brasil, de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto. (...) O conteúdo dessa Convenção é um critério definitivo para se avaliar o exercício da competência legislativa dos estados. No caminho que vem sendo aberto pela Corte, **a Convenção possui, no mínimo, o status de norma supralegal e infraconstitucional**. Além de proteger o direito humano à saúde, a Convenção foi muito feliz ao exigir que os Estados-partes condicionassem possíveis exceções nacionais à proibição do amianto ao progressivo desenvolvimento

de materiais que pudessem substituir o crisotila. (...). (ADI 3.937-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Joaquim Barbosa, fls. 48/49 do acórdão, julgamento em 4-6-2008, Plenário, DJE de 10-10-2008 – g.n.).

Destaque-se que a Justiça do Trabalho está na vanguarda desse controle, tendo-o manejado de modo mais explícito na tutela do controverso debate acerca da possibilidade de acumulação da percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade, que analisa a recepção do art. 193, § 2.º, da CLT (que pugna pela opção do trabalhador exposto a ambos os tipos de riscos) pela Constituição Federal e sua conformidade com as Convenções da OIT. Cite, ilustrativamente, o seguinte aresto:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. **JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.** NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. **Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF.** A primeira

consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (PROCESSO Nº TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384 – MINISTRO RELATOR CLÁUDIO BRANDÃO – Publ. 03/10/2014)

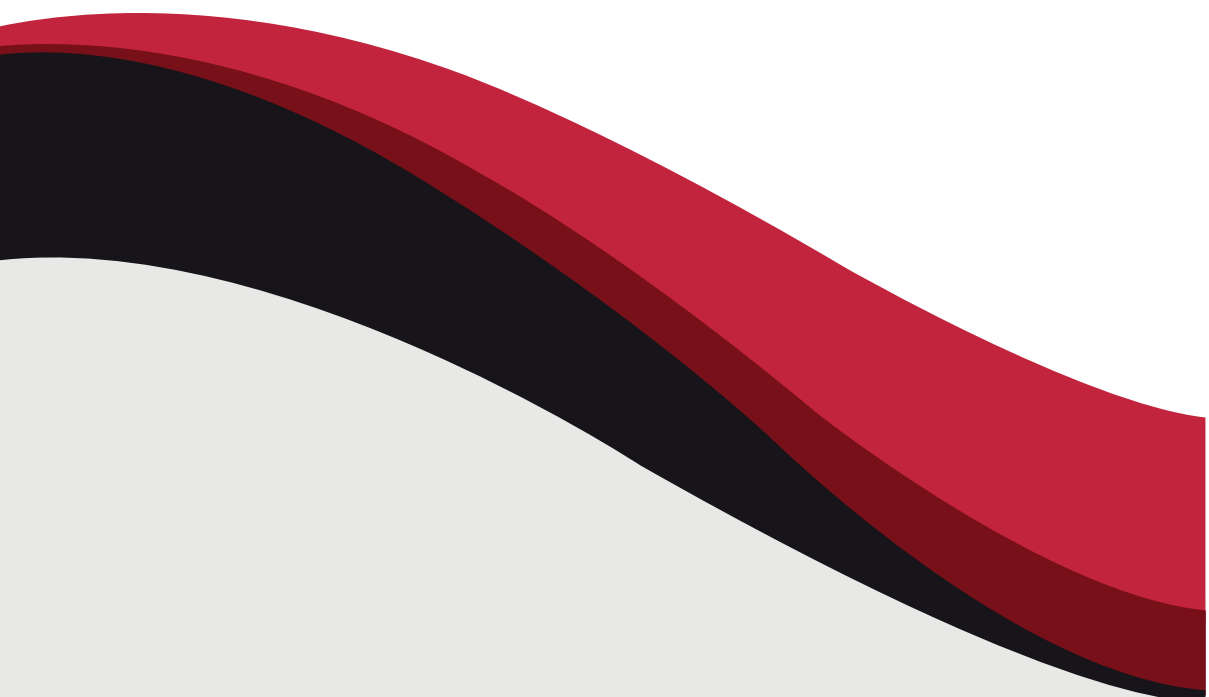
Como se vê, o controle de convencionalidade difuso ou nacional para declarar, incidentalmente, a incompatibilidade de lei nacional com norma de natureza constitucional/supralegal ou, quando possível, sua interpretação conforme, é instrumento que se impõe em cumprimento do dever estatal jurídico de proteção dos direitos humanos, oponível ao Poder Judiciário, não se tratando, bem por isso, de mera ferramenta discricionária de aplicação do Direito.

O controle de convencionalidade difuso ou nacional é a ferramenta, pois, que se espera aplicada na hipótese dos autos, nos termos mais adiante delineados.

TEMA 2:

Terceirização

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Controle de convencionalidade. 3. Normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação. 4. Normas internacionais sobre saúde e segurança no trabalho. 5. Normas internacionais relativas ao combate ao trabalho em condições análogas à de escravo. 6. Normas internacionais sobre liberdade sindical e negociação coletiva. 7. Normas internacionais relativas ao regime de emprego socialmente protegido. 8. Conclusão.



1. Introdução

Os dispositivos da Lei 6.019/74, alterados pela Lei 13.467/2017, buscaram ampliar as possibilidades jurídicas da terceirização, estendendo-para as atividades-fim das empresas, e possibilitar que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

Tais dispositivos legais violam frontalmente os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial as normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação, à saúde e segurança no trabalho, ao combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, à liberdade sindical e à negociação coletiva e ao regime de emprego socialmente protegido.

Conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os tratados internacionais de direitos humanos -, como é o caso das normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) -, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, §3º, da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal²³. Desse modo, as normas legais -, como os dispositivos da Lei 6.019/74 alterados pela Lei 13.467/2017 -, devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, pois estas possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.

O Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade dos referidos dispositivos legais, conferindo-lhes uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser **excluída** qualquer interpretação dos referidos dispositivos legais que possibilite a terceirização das atividades-fim das empresas, ou que permita que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

2. Controle de convencionalidade

Conforme mencionado na primeira parte deste estudo, quanto às lições de José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos humanos possuem quatro funções fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação²⁴.

23 STF, Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento: 03.12.2008. Publicação: DJe 04.06.2009.

24 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra:

Todos os agentes estatais estão adstritos ao dever de proteção perante terceiros dos direitos humanos, o qual enseja o dever do Poder Legislativo de não produzir normas contrárias a tais direitos e, caso isso ocorra, o dever do Poder Judiciário de fazer sucumbir a norma violadora por meio do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Com efeito, o agente estatal encontra-se juridicamente impedido de atuar de forma a afrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo vedado ao legislador produzir norma contrária a esse último e proibido ao julgador dar cumprimento à norma violadora desse mesmo Direito, ainda que aprovada segundo os trâmites do processo legislativo nacional²⁵.

Desse modo, o Poder Judiciário nacional, inclusive os juízes de primeira instância, tem a obrigação jurídica de realizar o controle de convencionalidade das leis internas *ex officio*, por serem agentes estatais vinculados às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Devem os magistrados, portanto, deixar de aplicar as normas internas que contraponham esse último. Essa obrigação jurídica decorre do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU; artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da OEA; e artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, da OEA). Tal entendimento, inclusive, já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 89, de 1998²⁶.

Almedina, 2003. p. 407-410.

25 Vide Beltramelli Neto. Direitos humanos. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

26 Podem ser citadas, ilustrativamente, a decisão do STF no RE 466.343 (data de julgamento: 03.12.2008), bem como as seguintes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70; Caso Paniagua Morales e outros Vs Guatemala. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C. Nº 37; Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. Nº 171; e Opinião Consultiva OC-14/94, sobre a responsabilidade internacional por promulgação e aplicação de leis violadoras da Convenção (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). In Beltramelli Neto. Direitos humanos. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

3. Normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação

A Lei 6.019, de 1974, ao ser alterada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017²⁷, passou a prever expressamente, em seu artigo 4º-A, a possibilidade de terceirização de quaisquer atividades da empresa, inclusive de suas atividades principais ou atividades-fim²⁸.

A terceirização não é um instituto jurídico, sendo na realidade um fenômeno pertencente a outras áreas do conhecimento, especialmente à Economia e à Administração de Empresas. Ela pode ser conceituada como “o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa”²⁹.

O objetivo e a própria razão de ser da terceirização são, portanto, o repasse de serviços ou atividades especializadas a uma empresa que detém melhores condições técnicas de realizá-los. Transfere-se a outra empresa a realização de um serviço ou atividade que a própria empresa realizava ou poderia realizar, pois aquela é especializada em sua execução e esta pode se concentrar na consecução de seu objeto social. E é exatamente a especialização e a concentração que possibilitarão a melhoria na qualidade dos bens ou serviços e o aumento da produtividade, propiciando maior competitividade e maiores lucros.

Trata-se, portanto, de uma técnica de administração, e não de gestão de pessoal, razão pela qual a terceirização somente será lícita se for empregada dessa forma. A sua utilização para reduzir custos trabalhistas é, em verdade, um desvirtuamento do instituto, com o objetivo ilícito de impedir a aplicação da legislação laboral, o que gera a sua nulidade, nos termos do art. 9º da CLT.

Desse modo, condição imprescindível para que a terceirização seja lícita é que ela não seja utilizada para reduzir custos trabalhistas, isto é, que ela não ocasione a precarização das condições laborativas dos trabalhadores terceirizados.

As pesquisas científicas e os dados estatísticos revelam que a terceirização responde, em larga medida, pelas elevadas taxas de rotatividade do mercado de trabalho brasileiro. Em 2014, os vínculos de emprego dos trabalhadores terceirizados duravam, em média, 34,1 meses ou 2 anos e 10 meses. No caso dos empregados diretos dos tomadores de serviços, a duração média dos vínculos era de 70,3 meses ou 5 anos e 10 meses³⁰.

27 A Lei 13.467/2017 foi publicada no Diário Oficial da União em 14.07.2017 e prevê, em seu artigo 6º, que entrará em vigor após 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

28 “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

29 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77-78.

30 DIEESE. Terceirização e precarização das condições de trabalho. Condições de trabalho e remuneração.

Em pesquisa encomendada pelo Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros do Estado de São Paulo (SINDEEPRES), avaliaram-se os desdobramentos do movimento de terceirização, de 1985 a 2005, a partir de dados relativos ao Estado de São Paulo. Concluiu-se que os trabalhadores terceirizados, quando comparados aos empregados diretamente contratados por empresas tomadoras de serviços, se submetem a alta rotatividade: oito em cada dez empregados terceirizados seriam substituídos ao final de cada ano de trabalho³¹.

Em pesquisa mais recente, sobre o processo de terceirização no Estado de São Paulo de 1985 a 2010, constatou-se que a permanência média no posto de trabalho terceirizado não se alterou substancialmente com referência à pesquisa anterior, mantendo-se ao redor dos 18 meses, o que equivale a um ano e meio de contratação³².

Trabalhadores terceirizados, que têm contratos de trabalho sucessivamente extintos antes de completar um ano, não chegam a adquirir direito a férias anuais remuneradas, o qual se encontra assegurado em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como veremos. Os que têm contrato extinto no segundo ano de trabalho provavelmente não usufruem as férias, por não permanecerem no emprego nos doze meses consecutivos que compreendem o período concessivo. Geralmente, nesses casos, recebem em pecúnia a remuneração proporcional de férias não gozadas e emendam contratos sucessivos de trabalho com empregadores diferentes, sem desfrutar de férias, o que monetiza um direito fundado em considerações e metas relacionadas à saúde pública. **A prática esvazia sobremaneira a eficácia do direito fundamental voltado à regeneração física e mental e ao convívio social e familiar do trabalhador.**

A análise comparativa da remuneração também demonstra que os terceirizados recebem salários menores do que os empregados dos tomadores de serviços que exercem a mesma função. De 2007 a 2014, essa diferença se manteve, em média, entre 23% e 27%.³³

Em pesquisa sobre o processo de terceirização no período de 1985 a 2010, constatou-se que, por força do avanço macroeconômico da economia brasileira, entre 1985 e 1998, o salário médio real dos trabalhadores terceirizados do Estado de São Paulo cresceu 4,2%, mas que, mesmo assim, “desde a década de 1980, ele não representou mais do que

ração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Nota Técnica, n. 172, março/2017. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>> Acesso em 16 ago. 2017.

31 POCHMANN, Márcio. A superterceirização dos contratos de trabalho. Pesquisa publicada no site do Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros (SINDEEPRES). Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br>> Acesso em: 16 ago. 2017.

32 POCHMANN, Márcio. Sindeepres, trajetória da terceirização. Disponível em: <<http://bit.ly/2rTrd9A>> ou <<http://sindeepres.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

33 DIEESE. Terceirização e precarização das condições de trabalho.

50% do valor estimado do salário médio real dos trabalhadores em geral³⁴. Logo, conclui-se que, mesmo em período de maior oferta de emprego, a remuneração média percebida por trabalhador terceirizado representa apenas metade do salário percebido pela média dos trabalhadores em geral.

Ressalta-se que o mesmo fenômeno é observado em outros países, como os Estados Unidos, no qual uma pesquisa recente demonstra que 20% do crescimento da desigualdade entre 1989 e 2014 está relacionado diretamente com a terceirização³⁵.

Em relação a jornada de trabalho, observa-se que 85,9% dos trabalhadores terceirizados possuem jornada contratada na faixa de 41 a 44 horas semanais contra 61,6% no caso dos empregados dos tomadores de serviços³⁶. Ademais, em pesquisa realizada verificou-se que os trabalhadores terceirizados realizam jornada de trabalho pelo menos três horas superiores à jornada contratada³⁷. Esse aumento de jornada, praticado continuamente, sem gozo seguro de férias, aprofunda o esgotamento físico e mental e favorece maior ocorrência de adoecimentos profissionais.

Ao final dos contratos de menor duração, os trabalhadores terceirizados ainda se sujeitam a maior inadimplência de direitos rescisórios (aviso prévio, indenização, férias e décimo terceiro proporcionais etc.). Principalmente nos setores de vigilância e asseio e conservação, o desrespeito aos direitos dos empregados é constante, porque “a empresa ‘desaparece’ e os trabalhadores(as) não recebem as verbas indenizatórias às quais têm direito com o fim do contrato”³⁸. **Isso viola o direito à remuneração justa e proporcional ao trabalho realizado, previsto nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como veremos.**

Concluiu-se, portanto, que a remuneração e as condições de trabalho dos terceirizados são bastante inferiores do que aquelas verificadas entre os empregados dos tomadores de serviços.

Ressalta-se que o artigo 4º-C da Lei 6.019/74, com a alteração efetuada pela Lei 13.467/2017, prevê expressamente que são assegurados aos trabalhadores terceirizados, quando e enquanto prestarem serviços nas dependências da tomadora de serviços, as mesmas condições relativas a: alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; direito de utilizar os serviços de transporte; atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; trei-

34 POCHMANN. Márcio. Sindeepres, trajetória da terceirização.

35 Disponível em <<https://www.nytimes.com/2017/09/03/upshot/to-understand-rising-inequality-consider-the-janitors-at-two-top-companies-then-and-now.html?mcubz=3>> Acesso em 12 set. 2017.

36 DIEESE. Terceirização e precarização das condições de trabalho.

37 DIEESE. Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha. São Paulo. Disponível em <<http://bit.ly/2rWN00f>> ou <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

38 DIEESE. Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha.

namento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir; e sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

O referido dispositivo legal prevê como mera faculdade da contratante e da contratada estabelecerem, caso queiram, que os trabalhadores terceirizados recebam um salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos expressamente na norma. A *contrario sensu*, o dispositivo legal permite que os trabalhadores terceirizados recebam remuneração e benefícios menores do que aqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira faz uma síntese interessante do que na prática tem representado a realidade dos trabalhadores terceirizados:

“Os terceirizados são, em geral, trabalhadores que desfrutam de salários mais baixos e condições de trabalho desfavoráveis. A terceirização abala aspectos essenciais da CLT, como a subordinação e a pessoalidade diretas. Inverte a regra geral da indeterminação do prazo contratual, para consagrar a temporalidade. A rotatividade muitas vezes inviabiliza o gozo das férias. Os sindicatos de terceirizados desfrutam de menores condições de mobilização e reivindicação. As estatísticas dos acidentes de trabalho indicam que sua incidência aumenta nas hipóteses de terceirização”³⁹.

Desse modo, resta claro que aos trabalhadores terceirizados é dispensado tratamento muito inferior àquele assegurado aos empregados diretos do tomador de serviços. Com efeito, os trabalhadores terceirizados, embora trabalhem mais, recebem salários e benefícios menores. **Ressalta-se que deve ser adotado o conceito amplo de remuneração previsto na Convenção n. 100 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 1956, e promulgada pelo Decreto n. 41.721, 1957.** Conforme o artigo 1º dessa Convenção, “remuneração” “compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou *in natura* pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último”.

Esse tratamento muito inferior dispensado aos trabalhadores terceirizados viola o princípio da isonomia, assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O fato de o trabalhador terceirizado não ser empregado

39 PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Terceirização, a CLT e a Constituição. Disponível em: <<http://www.prt10.mpt.gov.br/content/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-clt-e-constitui%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em 16 ago. 2017.

direto do tomador de serviços **não é motivo razoável para justificar a diversidade de tutelas.**

O princípio da isonomia, de acordo as lições desenvolvidas pioneiramente pelo jurista alemão Leibholz, deriva do princípio geral da justiça e consiste na interdição do arbítrio. Para o autor, o princípio cumpre uma função fundamental, como forma de realização da democracia, devendo presidir a atuação do Estado em todos os níveis, limitando, inclusive, a discricionariedade do legislador: “os direitos fundamentais, nos quais se inclui o princípio da isonomia, precedem o momento legislativo, pelo que a atuação legislativa deveria, conseqüentemente, conformar-se com o sentido de tal princípio”⁴⁰. De fato, todos os atos de Direito devem se assentar numa razão necessária, ou, ao menos, em uma razão suficiente, consistindo o ato jurídico arbitrário “numa motivação ou na procura de uma finalidade estranha à situação objetiva”⁴¹.

Nesse sentido, por imposição do princípio da isonomia, a paridade ou a diferenciação operada pelo legislador deve se assentar em uma base efetiva de justificação, em uma razão necessária, suficiente, em um motivo atendível. Esse entendimento foi adotado pela jurisprudência alemã já na década de 1920. Em uma decisão do “Reischgericht”, de 04 de novembro de 1925, com relação a um diploma legal, afirmou-se que “uma diferença de tratamento que não tivesse por base uma justificação razoável seria arbitrária e violaria o princípio da isonomia”⁴².

A doutrina de Leibholz, no entanto, veio realmente a ser consagrada pela jurisprudência alemã após a queda do regime nazista e a promulgação da Constituição de Bohn, em 1949. A Corte Constitucional, em decisão datada de 23 de outubro de 1951, afirmou que: “O princípio da isonomia é violado quando não conseguimos encontrar, na base de uma diferença ou de uma igualdade de tratamento legal, uma justificação razoável, resultante da natureza das coisas ou de uma qualquer outra razão objetivamente plausível, pois quando assim acontece, a disposição deve ser considerada arbitrária”. A Corte entendeu, assim, que o princípio da isonomia implica que qualquer diferença ou semelhança de tratamento deve ser justificada por uma razão objetiva suficiente, sob pena de essa medida se configurar como arbitrária e, assim, juridicamente inválida⁴³.

40 “O critério que em última instância permite determinar o que é ou não é arbitrário (isto é, ‘justo’), não pode ser fixado à partida, vivendo no campo do mutável historicamente e sendo ditado pela consciência jurídica de cada época (...) a justiça, como outros valores, está indissolivelmente ligado à própria vida social (...) encontrando-se em perpétua evolução”. DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999. p. 78 e 80.

41 LEIBHOLZ. Die Gleichheit vor dem Gesetz. 1a ed. Berlim, 1925. p. 91 apud DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. p. 80.

42 Entsch. des Reichsgerichts in Ziv., t. 111, p. 320 e ss. apud DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. p. 82.

43 “Vimos já, aliás, que para Leibholz o princípio da igualdade significava a proibição do arbítrio, assim

Consoante a jurisprudência alemã, a ideia de “razão objetiva suficiente”, como corolário lógico do princípio da isonomia, deve ser respeitada, quer quando se trate de uma norma que diferencie, quer quando se trate de uma norma que confira uma disciplina paritária. Tanto a diferença, quanto a igualdade de tratamento, devem ser assentadas em razões objetivas, em motivos plausíveis. Essa dupla vertente do princípio da isonomia foi sedimentada pelos juízes alemães como “a obrigação de não tratar o que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, e de não tratar o que é essencialmente desigual de forma arbitrariamente igual”⁴⁴.

O legislador não pode, assim, tratar aquilo que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, o que pode e deve ser averiguado em sede de controle de convencionalidade das leis, o qual, na maioria dos países democráticos, como o Brasil e a Alemanha, é da competência do Poder Judiciário.

Pelo exposto acima, podemos concluir que o princípio da isonomia consiste na proibição do arbítrio, o que significa que deve haver uma razão objetiva, razoável, para que se proceda à diferenciação. Essa proibição se dirige a todos os níveis da atuação estatal, inclusive ao legislador. Aplicando esse raciocínio ao presente caso, temos que não existe uma razão suficiente, dotada de razoabilidade, para criar atribuir ao trabalhador terceirizado um patamar de tutelas inferior àquele garantido aos empregados.

O mero fato de o vínculo empregatício não ser estabelecido formalmente com o tomador de serviços, e sim com a empresa contratada, **não** justifica a disparidade de tratamento, pois a razão de ser das tutelas trabalhistas **não** reside nesse elemento, mas sim na hipossuficiência do obreiro, a qual se faz presente tanto no caso dos empregados da tomadora, quanto no caso dos trabalhadores terceirizados. Desse modo, a diferença de tratamento, sem uma razão suficiente para justificá-la, consiste em verdadeiro arbítrio, com conseqüente violação ao princípio da isonomia. Esse princípio – que é assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – deve necessariamente ser respeitado pelo legislador.

Quanto à definição do que é discriminação, cumpre notar que essas normas internacionais trazem uma noção ampliada, a qual não se limita apenas aos fatores expressamente mencionados, mas abrange quaisquer outras formas de discriminação.

como já adiantámos que após 1949 a jurisprudência alemã actuou no mesmo sentido”. DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. p. 84-86.

44 A Corte Constitucional alemã, em decisão datada de 1953, cuidou de esclarecer a definição de arbítrio: “desadequação objectiva e manifesta da medida legislativa à situação de facto que ela visa regular”. DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. p. 85 e 87.

A discriminação consiste, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, em uma “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”⁴⁵.

A doutrina e a jurisprudência destacam a necessidade de se assegurar tratamento isonômico aos trabalhadores terceirizados, a fim de se evitar que a terceirização gere a precarização das condições de trabalho no País, como destaca Mauricio Godinho Delgado:

“A fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país”⁴⁶

A exigência de que seja assegurado aos trabalhadores terceirizados tratamento semelhante àquele dispensado aos empregados diretos dos tomadores de serviços, em termos de remuneração e condições de trabalho em geral, é consagrada também pela jurisprudência⁴⁷.

Portanto, ao ampliar as possibilidades jurídicas da terceirização, estendendo para as atividades-fim das empresas, e ao possibilitar que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços, os dispositivos da Lei 6.019/74, alterados pela Lei 13.467/2017, violam o direito à igualdade formal e material previsto nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, fomentando a discriminação por situação econômica.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), prevê o seguinte:

“Artigo 2º. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **riqueza**, nascimento, **ou qualquer outra condição**. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um terri-

45 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 902.

46 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. p. 543-544.

47 Podem ser citadas, ilustrativamente, as seguintes decisões: TST, E-RR-654203-40.2000.5.15.5555, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/09/2005, Data de Publicação: DJ 11/11/2005; e TRT da 3.ª Região; Processo: 00764-2011-134-03-00-5 RO; 8ª Turma; Relator: Marcio Ribeiro do Valle; Revisor: Denise Alves Horta; Data de Publicação: 20/04/2012; Divulgação: 19/04/2012. DEJT. p. 103.

tório independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania”.

“Artigo 7º. Todos são **iguais perante a lei** e têm direito, **sem qualquer distinção**, a **igual proteção da lei**. Todos têm direito a **igual proteção contra qualquer discriminação** que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

“Artigo 23. §1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a **condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego**. §2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem **direito a igual remuneração por igual trabalho**. §3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma **remuneração justa e satisfatória**, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”. (sem destaques no original)

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, 1991, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 1992, dispõe o seguinte:

“Artigo 26. Todas as pessoas são **iguais perante a lei** e têm direito, **sem discriminação alguma**, a **igual proteção da Lei**. A este respeito, a lei deverá proibir **qualquer forma de discriminação** e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento **ou qualquer outra situação**”. (sem destaques no original)

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, 1991, e promulgado pelo Decreto n. 591, de 1992, por sua vez, prevê o seguinte:

“Artigo 2º (...) 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento **ou qualquer outra situação**”.

“Artigo 5º. 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indi-

víduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo **destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas**”.

“Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de **condições de trabalho justas e favoráveis**, que assegurem especialmente:

a) **Uma remuneração que proporcione, no mínimo**, a todos os trabalhadores:

i) Um **salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor**, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

ii) Uma **existência decente** para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) **A segurança e a higiene no trabalho**;

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, **a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas**, assim como a remuneração dos feriadados.” (sem destaques no original)

A Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (“Declaração de Filadélfia”), de 1944, anexada à Constituição da OIT, dispõe o seguinte:

“I. A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

a) o trabalho não é uma mercadoria;

(...)

II. A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura,

deve assentar sobre a justiça social, afirma que:

a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o **direito de assegurar o bem-estar material** e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da **tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;**

b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional;

c) **quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal;**

(...)

III. A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem:

a) proporcionar **emprego integral** para todos e **elevantar os níveis de vida;**

b) dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral;

(...);

d) adotar **normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso** e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital;

(...)

j) assegurar as **mesmas oportunidades** para todos em **matéria educativa e profissional**" (sem destaques no original).

A Constituição da OIT, portanto, proíbe expressamente que o trabalho seja tratado como mercadoria: **“labour is not a commodity”** (art. 1º, “a”, da Declaração de Filadélfia, de 1944, incorporada à Constituição da OIT)⁴⁸.

Do ponto de vista filosófico, embora diversos autores de renome, como Hegel, tenham tratado da dignidade da pessoa humana⁴⁹, destaca-se, para o tema do trabalho e da terceirização, o pensamento de Kant. Para esse filósofo alemão, os seres racionais estão submetidos a um imperativo categórico que determina que “cada um deles *jamais* deve tratar a si mesmo e a todos os outros *como meros meios*, mas sempre *ao mesmo tempo como fim em si mesmo*”⁵⁰. Nesse sentido, prossegue o autor:

“O homem, porém, não é uma coisa, por conseguinte não é algo que possa ser tomado como *mero* meio, mas, em todas as suas ações, tem de ser considerado sempre como fim em si mesmo. (...). No reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades humanas em geral tem um *preço de mercado*; o que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é um comprazimento com o mero jogo sem visar fins das forças de nosso ânimo, *preço afetivo*; mas o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, mas um valor intrínseco, isto é, *dignidade*”⁵¹.

Desse modo, a dignidade inerente ao ser humano impede que ele seja utilizado como mero instrumento, como meio para a consecução de um fim. O homem é fim em si mesmo, não se admitindo em hipótese alguma a sua “coisificação”.

Considerando que a dignidade da pessoa humana foi consagrada pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a ordem jurídica pátria veda a

48 OIT. ILO Constitution. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:6135403041771296:NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

49 Cf. SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 105-118.

50 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 259 e 261.

51 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. p. 245 e 265.

coisificação do ser humano e a utilização do trabalho como mercadoria, isto é, a prática de *marchandage*.

A terceirização sem limites, por possibilitar que o homem seja tratado como mero artigo de comércio, sendo livremente negociado, alugado, arrendado, a exemplo das coisas e dos animais, viola frontalmente a sua dignidade, sendo, portanto, vedada pelos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O homem tem *dignidade*, e não um *preço*, nas palavras de Kant, devendo assim ser tratado pela ordem jurídica.

A dignidade é, portanto, qualidade intrínseca do ser humano, dotada dos atributos da irrenunciabilidade e da inalienabilidade, de modo que o seu respeito e a sua tutela são deveres do Estado e da sociedade. Cabe ao Estado, inclusive ao Poder Judiciário, a proteção e a manutenção da condição de dignidade do homem.

Ao consagrarem a dignidade, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil trazem o ser humano como finalidade precípua da atividade estatal e centro convergente de direitos. Esse entendimento deve orientar as relações de trabalho e o seu respectivo ramo jurídico: o Direito do Trabalho.

Desse modo, ao assegurar o direito ao trabalho, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil estão se referindo, necessariamente, ao trabalho digno, excluindo todas as formas de degradação e coisificação do ser humano e, portanto, a terceirização sem limites e precarizante.

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, por sua vez, prevê o seguinte:

“A Conferência Internacional do Trabalho,

1. Lembra:

a) que no momento de incorporar-se livremente à OIT, **todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia**, e se comprometeram a esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização na medida de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas;

b) que esses princípios e direitos têm sido expressados e desenvolvidos sob a forma de direitos e obrigações específicos em convenções que foram reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização.

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do 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, isto é:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) **a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.**

3. Reconhece a obrigação da Organização de ajudar a seus Membros, em resposta às necessidades que tenham sido estabelecidas e expressadas, a **alcançar esses objetivos fazendo pleno uso de seus recursos constitucionais**, de funcionamento e orçamentários (...)” (sem destaques no original)

A Convenção n. 111, que é uma das Convenções fundamentais da OIT e trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 1964, e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 1968. Essa Convenção prevê o seguinte:

“Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) **qualquer outra distinção**, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a **igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão** que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Art. 2 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma **política nacional** que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a **igualdade de oportunidades**

e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Art. 3 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais:

(...)

c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;” (sem destaques no original)

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1948 dispõe o seguinte:

“Artigo II. Todas as pessoas são **iguais perante a lei** e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, **ou qualquer outra.**

Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao **trabalho em condições dignas** e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma **remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.**” (sem destaques no original)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (“Pacto de São José da Costa Rica”), da OEA, promulgada pelo Decreto n. 678, de 1992, também traz os seguintes dispositivos:

“Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, **posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.**”

“Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são **iguais perante a lei.** Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a **igual proteção da lei.**” (sem destaques no original)

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), de 1988, da OEA, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 56, de 1995, e promulgado pelo Decreto n. 3.321, de 1999, também prevê o seguinte:

“Artigo 3. Obrigação de não discriminação. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, **posição econômica**, nascimento ou **qualquer outra condição social**.

Artigo 4. Não-admissão de restrições. Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado **em virtude de sua legislação interna** ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Artigo 5. Alcance das restrições e limitações. Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante **leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral** dentro de uma sociedade democrática, na medida em que **não contrariem o propósito e razão dos mesmos**.

Artigo 7. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que **o direito ao trabalho**, a que se refere o artigo anterior, **pressupõe** que toda pessoa goze do mesmo em **condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações**, de maneira particular:

a. **Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;**

b. (...);

c. O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;

d. Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com

as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional;

e. **Segurança e higiene no trabalho;**

f. (...)

g. **Limitação razoável das horas de trabalho**, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h. Repouso, gozo do tempo livre, **férias remuneradas**, bem como remuneração nos feriados nacionais". (sem destaques no original)

Desse modo, ao ampliar as possibilidades jurídicas da terceirização, estendendo para as atividades-fim das empresas, e ao possibilitar que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços, os dispositivos da Lei 6.019/74, alterados pela Lei 13.467/2017, violam o princípio da isonomia e da não discriminação consagrado nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

4. Normas internacionais sobre saúde e segurança no trabalho

A maior incidência de terceirizados entre as vítimas de acidentes de trabalho fatais tem sido demonstrada por pesquisas realizadas nos últimos anos, não apenas nos setores elétrico e petrolífero, mas também nas demais atividades econômicas⁵². Do mesmo modo, restou comprovada a maior incidência de doenças ocupacionais entre os trabalhadores terceirizados, em especial no ramo das telecomunicações⁵³.

52 Cf. FUNDAÇÃO COGE. Relatório de Estatísticas de Acidentes no setor Elétrico Brasileiro 2010. Disponível em <http://www.funcoge.org.br/csst//relat2010/index_pt.html>. Acesso em 16 ago. 2017; DIEESE. Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro. Disponível em <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2017. Vide também KREIN, José Dari, FILGUEIRAS, Vitor Araújo. A luta contra a legitimação da terceirização no STF. Disponível em <<http://www.brasildefato.com.br/node/29131>>. Acesso em 16 ago. 2017. Vide, ainda, DIEESE. Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha.

53 FILGUEIRAS, Vitor Araújo, DUTRA, Renata Queiroz. O Supremo e a repercussão geral no caso da terceirização de atividade-fim de empresas de telecomunicações: o que está em jogo? Disponível em <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/o_supremo_e_a_repercussao-geral-no-caso-da-terceirizacao-de-empresas-de-telecomunicacoes.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

Com efeito, a participação dos afastamentos por acidentes de trabalho típicos é mais elevada entre os trabalhadores terceirizados do que entre os empregados dos tomadores de serviços, chegando a ser duas vezes mais alta, em determinados casos⁵⁴. A lógica de máxima depressão do custo da mão de obra, imposta pela dinâmica inerente à terceirização de serviços, conduz à redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Como demonstrado em uma pesquisa científica recente:

“A terceirização segue a racionalidade econômica; as empresas só a adotam se essa modalidade de contratação representar uma redução de custos. Além disso, uma outra motivação pouco discutida é sua utilização em áreas em que as possibilidades de adoecimento são maiores, principalmente em linhas de produção com processos produtivos repetitivos. Nessas áreas, em que trabalham majoritariamente mulheres, é muito comum as empresas terceirizarem toda a sua linha de produção para evitar passivos trabalhistas futuros. Para reduzir seus custos, as empresas poderão transferir parte ou todo o processo produtivo, que poderá ser realizado dentro ou fora de suas dependências. É grande, pois, a probabilidade de que todas as ocupações que não necessitam de qualificação ou se configuram como trabalho não especializado serão terceirizadas, especialmente nas categorias profissionais em que as normas coletivas proporcionaram avanços salariais e benefícios significativos, como vale alimentação e refeição, auxílio creche, ampliação da licença maternidade, entre outras. (...) Nesse movimento, os jovens e as mulheres tendem a ser os primeiros a terem seus postos de trabalho eliminados, as mulheres por estarem nas ocupações mais facilmente transferíveis e os jovens porque seu ingresso no mercado de trabalho se dará através de uma terceirizada (...) direitos serão rebaixados, o conceito de categoria profissional será substituído por prestadores de serviços, levando à desconstrução e à desestruturação das categorias profissionais e das ocupações da forma como as conhecemos hoje (...) sendo pública a vasta produção científica que evidencia a relação entre terceirização e acidentalidade, inclusive para trabalhadores que realizam as mesmas atividades”⁵⁵.

A terceirização cria, assim, um ambiente propício à ocorrência de acidentes de trabalho e à incidência de doenças ocupacionais, o que viola a Convenção 155 da OIT,

54 DIEESE. Terceirização e precarização das condições de trabalho.

55 CESIT/IE/UNICAMP. Dossiê Reforma Trabalhista. Disponível em <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie_FINAL.pdf> Acesso em 16 ago. 2017.

aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 1994. Por meio dessa Convenção, o Brasil se comprometeu a implementar uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, com o objetivo de prevenir os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais, reduzindo ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. Confira-se:

“Art. 4. 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.” (sem destaques no original)

Segundo a Convenção 155 da OIT, essa política, fundada no princípio de permanente cooperação entre empregador e trabalhadores (art. 20), exige do país ações normativas que pressuponham uma relação de pessoalidade entre o trabalhador e a empresa titular do ambiente de trabalho e a presença minimamente estável nesse ambiente, especialmente nas atividades industriais.

São exemplos dessas ações:

a) adaptação da maquinaria, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores (art. 5.b)⁵⁶;

b) habilitação dos trabalhadores ou seus representantes na empresa para examinar todos os aspectos da segurança e a saúde relacionados com seu trabalho, devendo ser consultados nesse sentido pelo empregador etc. (art. 19.e)⁵⁷;

56 “5. A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho: (...) b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.”

57 “19. Deverão ser adotadas disposições, em nível de empresa, em virtude das quais: (...) e) os trabalhadores ou seus representantes e, quando for o caso, suas organizações representativas na empresa estejam habilitados, de conformidade com a legislação e a prática nacionais, para examinarem todos

c) proteção contra medida disciplinar injustificada do trabalhador que julgar necessário interromper situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que envolve perigo iminente e grave a sua vida ou saúde, não podendo o empregador exigir retorno ao trabalho enquanto não houver tomado medidas corretivas (arts. 13 e 19.f)⁵⁸.

O implemento de política dessa natureza e intensidade em um cenário de terceirização é ineficaz. A rotatividade dos trabalhadores terceirizados nos vários ambientes dos tomadores de serviços inviabiliza a adaptação de máquinas, equipamentos e processos de trabalho às suas específicas capacidades físicas e mentais. Da mesma forma, a alta rotatividade de mão de obra própria da terceirização impossibilita a habilitação permanente dos trabalhadores para identificar e proteger-se dos riscos no ambiente de trabalho.

Inexistindo na terceirização a relação de pessoalidade entre o trabalhador e o tomador do serviço, titular do ambiente de trabalho, a recusa do obreiro terceirizado em trabalhar sob iminente perigo à vida e saúde não possui real eficácia protetiva, mas apenas o coloca em situação de absoluta fragilidade relacional na defesa de sua saúde e segurança.

Todo o exposto demonstra que a terceirização na atividade-fim da empresa viola as normas internacionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

5. Normas internacionais relativas ao combate ao trabalho em condições análogas à de escravo

No período de 2010 a 2013, em 90% (noventa por cento) dos dez maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravo no Brasil, as vítimas eram terceirizadas⁵⁹.

A terceirização oportuniza o uso de mão de obra em condições análogas à de escravo, o que viola a Convenção 29 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 1956, e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 1957. Por meio dessa Convenção, o Brasil se com-

os aspectos da segurança e da saúde relacionados com seu trabalho, e sejam consultados nesse sentido pelo empregador. Com essa finalidade, e em comum acordo, poder-se-á recorrer a conselheiros técnicos alheios à empresa”

58 “13. De conformidade com a prática e as condições nacionais, deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.”

59 A pesquisa foi realizada a partir das ações do Ministério do Trabalho e Emprego: FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência? Disponível em <<https://indicadoresemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a30-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2017.

prometeu a suprimir a utilização do trabalho escravo “sob todas as suas formas” (art. 1.1). Viola também a Convenção 105 da OIT -, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 20, de 1965, e promulgada pelo Decreto n. 58.822, de 1966 -, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar medidas eficazes para a abolição imediata do trabalho escravo (artigo 2º). Cumpre notar que ambas são Convenções fundamentais da OIT.

Viola, ainda, o disposto no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 231, de 2003, e promulgado pelo Decreto n. 5.017, de 2004.

6. Normas internacionais sobre liberdade sindical e negociação coletiva

A imposição de limites à terceirização justifica-se também pelos efeitos danosos causados no plano coletivo. O trabalhador terceirizado não integra a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, sendo remetido a categorias artificiais de prestadores de serviços, destituídas de poder de reivindicação de ganhos econômicos, em face da distância formal do polo econômico e da instabilidade institucional do empregador na relação contratual mantida com a empresa tomadora.

Esse verdadeiro *apartheid* sindical induz a grave déficit de efetividade do direito fundamental a liberdade sindical e a mecanismos de conquista coletiva de melhoria de condição social do trabalhador, como a negociação coletiva e a greve. Nas empresas tomadoras, mera possibilidade de terceirizar todas as atividades empresariais, em substituição ao emprego direto, já constitui ameaça permanente de desemprego ou de emprego terceirizado, de baixa qualidade, fator de enfraquecimento do poder de organização coletiva e de reivindicação sindical.

A fragmentação da mão-de-obra ocasionada pela terceirização desestrutura e enfraquece os sindicatos e as demais formas de organização coletiva dos trabalhadores, e acaba por degradar as condições de trabalho. Isso porque os sindicatos exercem um papel de extrema relevância, não apenas na conquista de novos direitos trabalhistas, mas também na garantia do efetivo cumprimento dos direitos previstos nas leis e nas normas coletivas. O exemplo dos países desenvolvidos demonstra que não há verdadeira democracia, nem real desenvolvimento socioeconômico, sem sindicatos fortes e atuantes⁶⁰.

60 Pode ser citado o exemplo da categoria dos bancários que, sobretudo em razão da terceirização, sofreu uma redução significativa nos últimos anos, ocasionando o enfraquecimento da respectiva organização sindical. A respeito do tema, conferir os dados do DIEESE: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017. Como destaca Grijalbo Fernandes Coutinho, a partir dos dados do DIEESE, “o número de empregados formais dos bancos instalados no Brasil, em 2005, era de 582.998, tendo ocorrido um decréscimo

A terceirização viola, portanto, o disposto na Convenção 98 da OIT, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 49, de 1952, e promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 1953. Trata-se de uma das convenções fundamentais da OIT, relativa ao direito de organização e negociação coletiva, que prevê o seguinte:

“Artigo 1º

1 - Os trabalhadores deverão gozar de **proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical** em matéria de emprego.

(...)

Artigo 4º

Deverão ser tomadas, se necessário for, **medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego**”.

7. Normas internacionais relativas ao regime de emprego socialmente protegido

As normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho consagram o regime de emprego socialmente protegido, centrado no contrato de emprego por prazo indeterminado, por meio do qual podem ser efetivamente exercidos os direitos assegurados ao trabalhador⁶¹.

Com efeito, na Recomendação 198, de 31 de maio de 2006, a OIT propõe, no âmbito das políticas nacionais, que os membros definam em suas leis e regulamentos “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, com destaque para as seguintes características que integram conteúdo da relação de emprego (item 4): a) o trabalho deve ser realizado envolvendo integração do trabalhador na organização da empresa (item 13.a);

de 18,09% no número de postos de trabalho na última década. Para explicar parte dessa diminuição, em pesquisa realizada pela Pnad, 925.723 pessoas se declararam bancárias. É possível que metade da força de trabalho bancária ou algo muito próximo esteja sendo utilizada pelo nefasto processo de terceirização, responsável pelo enfraquecimento de uma das categorias com maior poder de mobilização política até meados dos anos 1980”. In COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central. São Paulo: LTr, 2011. p. 131.

61 Vide, a propósito, a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5735 ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face das alterações introduzidas pela Lei 13.429, de 2017, na Lei 6019/74.

b) o trabalho deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador (13.a); e c) o trabalho deve ter duração particular e certa continuidade no tempo (13.a).

A OIT realizou vários estudos comparados, em mais de sessenta países-membros, considerando as respectivas legislações e jurisprudências. Tais estudos confirmaram a importância da noção de relação de emprego, sobre a qual repousa substancialmente o sistema de proteção do Direito do Trabalho⁶².

Essa manifestação da OIT sintetiza pretensão de consenso entre os estados-membros acerca de elementos fundamentais da relação de emprego: integração do trabalhador na organização da empresa, pessoalidade da prestação do trabalho e pretensão de máxima continuidade do vínculo de emprego, como atributos que conferem conteúdo protetivo ao vínculo de trabalho. Tais elementos, no entanto, são flagrantemente negados pela terceirização, o que descumprir princípios constitutivos da Organização Internacional do Trabalho, da qual participa o Brasil.

8. Conclusão

Os dispositivos da Lei 6.019/74, alterados pela Lei 13.467/2017, visaram ampliar as possibilidades jurídicas da terceirização, estendendo-as para as atividades-fim das empresas, e possibilitar que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados diretamente contratados pelo tomador de serviços.

Tais dispositivos legais, no entanto, violam frontalmente os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial as normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação, à saúde e segurança no trabalho, ao combate do trabalho em condições análogas à de escravo, à liberdade sindical e à negociação coletiva e ao regime de emprego socialmente protegido.

Os tratados internacionais de direitos humanos, como as normas produzidas no âmbito da OIT, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, §3º, da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal, conforme o entendimento firmado pelo STF. Desse modo, as normas legais -, como os dispositivos da Lei 6.019/74 alterados pela Lei 13.467/2017 -, **devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, que possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.**

O Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade dos referidos dispositivos legais, conferindo-lhes uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

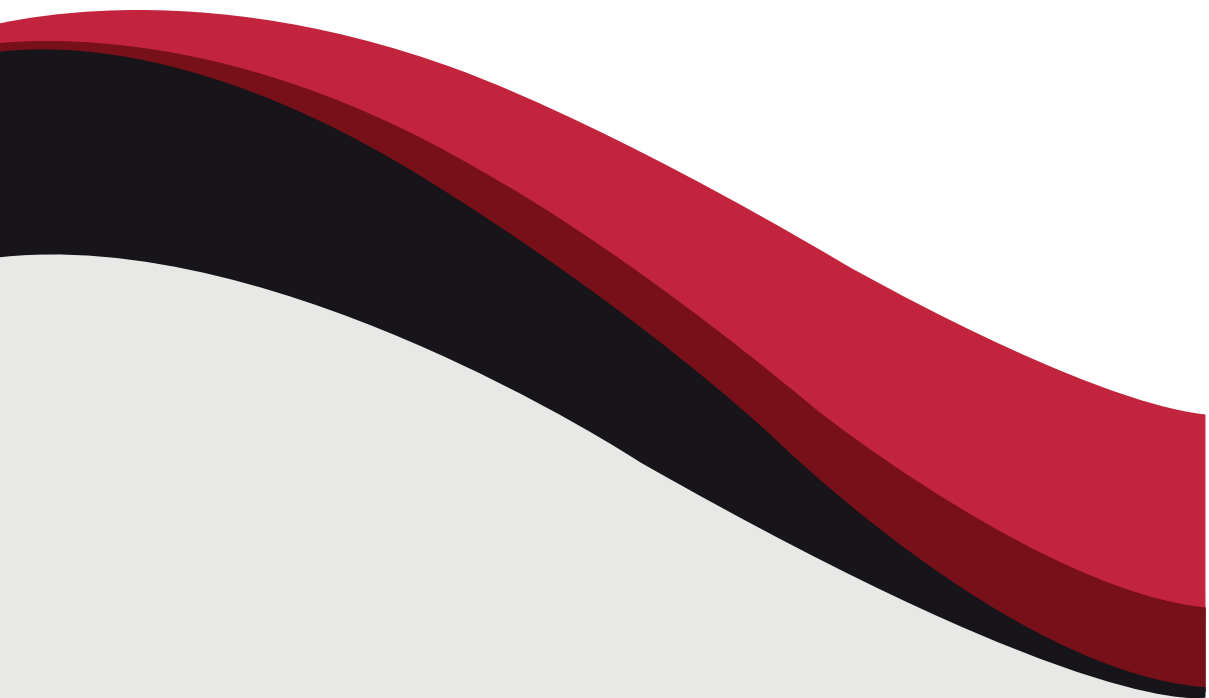
62 OIT. La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser excluída qualquer interpretação dos referidos dispositivos legais que possibilite a terceirização das atividades-fim das empresas, ou que permita que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

TEMA 3:

Trabalho autônomo

SUMÁRIO: 1. A interpretação sistemática. 2. Controle de convencionalidade. 3. Normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação. 4. Normas internacionais sobre saúde e segurança no trabalho. 5. Normas internacionais sobre liberdade sindical e negociação coletiva. 6. Normas internacionais relativas ao regime de emprego socialmente protegido. 7. As normas do Código Civil. 8. A aplicação do princípio da primazia da realidade. 9. Conclusão.



1. A interpretação sistemática

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, ao alterar a CLT, introduziu o seguinte dispositivo legal, relativo à contratação de trabalhador autônomo:

“Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”⁶³.

Segundo Carlos Maximiliano, “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance da norma”⁶⁴.

Nesse sentido, a interpretação de uma norma jurídica pressupõe a aplicação de regras anteriormente definidas pela hermenêutica para extrair o significado e extensão da norma. Entre os métodos de interpretação pode-se citar o sistemático, que consiste em “interpretação da norma à luz das outras normas e do espírito (principiologia) do ordenamento jurídico, o qual não é a soma de suas partes, mas uma síntese (espírito) delas. A interpretação sistemática procura compatibilizar a partes entre si e as partes com o todo - é a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo”⁶⁵.

Como toda norma jurídica, o novo artigo acima transcrito **deve ser interpretado de forma sistemática, em conjunto com os demais dispositivos da própria CLT**, entre os quais os artigos 2º, 3º e 9º. Nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, há relação de emprego quando o trabalhador presta serviços com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. No caso da contratação prevista no artigo 442-B da CLT, é necessário verificar se na relação estabelecida entre o trabalhador autônomo e o contratante estão presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em especial a subordinação. Caso estes se façam presentes, por força do artigo 9º da CLT, deve ser declarada a nulidade do contrato, com o conseqüente reconhecimento de vínculo empregatício do trabalhador com o seu contratante.

Cumprir notar que esse mesmo entendimento foi adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras na interpretação do parágrafo único do artigo 442 da CLT, introduzido pela Lei 8.949, de 1994⁶⁶. Com efeito, consagrou-se o entendimento de que, não obstante o

63 A Lei 13.467/2017 foi publicada no Diário Oficial da União em 14.07.2017 e prevê, em seu artigo 6º, que entrará em vigor após 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

64 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 01.

65 FILHO, Glauco Barreira Magalhães. Hermenêutica Jurídica Clássica. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 37.

66 “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação

trabalhador preste serviços formalmente como cooperado, caso presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, deve ser reconhecido o vínculo empregatício daquele com o seu tomador de serviços, com fulcro no artigo 9º da CLT⁶⁷.

Nesse sentido, é irrelevante o fato de o trabalhador prestar serviços ao contratante sem exclusividade, pois esta não é elemento necessário para a configuração da relação de emprego. Com efeito, é plenamente possível que o trabalhador mantenha simultaneamente mais de um vínculo empregatício⁶⁸.

Do mesmo modo, a ausência de continuidade não é obstáculo para o reconhecimento da relação de emprego do trabalhador com o respectivo contratante. Conforme assentado pela doutrina e jurisprudência pátrias -, com exceção do trabalho doméstico, que tem a continuidade como um de seus requisitos -, para a configuração da relação de emprego é necessária a presença da não eventualidade, que é diversa da continuidade. Com efeito, enquanto a CLT, ao conceituar a relação de emprego, prevê expressamente “serviços de natureza não eventual” (artigo 3º, *caput*), o que não foi alterado pela Lei 13.467/2017, a legislação aplicável ao trabalho doméstico vale-se de expressão distinta, isto é, “serviços de natureza contínua” (artigo 1º, *caput*, da Lei 5.859/72) ou “serviços de forma contínua” (artigo 1º, *caput*, da Lei Complementar 150/2015).

Disso resulta a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador contratado formalmente como autônomo, ainda que preste serviços de forma descontínua, desde que presente o elemento fático-jurídico da não eventualidade. Como ressalta Mauricio Godinho Delgado: “a eventualidade, para fins *celetistas*, não traduz intermitência; só o traduz para a *teoria da descontinuidade* – rejeitada, porém, pela CLT. **Desse modo, se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade.** É que a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana”⁶⁹.

de emprego. Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

67 “Por isso, comprovado que o envoltório cooperativista não atende às finalidades e princípios inerentes ao cooperativismo (princípio da dupla qualidade e princípio da retribuição pessoal diferenciada, por exemplo), fixando, ao revés, vínculo caracterizado por todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, esta deverá ser reconhecida, afastando-se a simulação perpetrada”. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 364.

68 “Longe do entendimento de Rafael Caldera, a exclusividade não guarda nexos com a subordinação, mormente no Direito do Trabalho brasileiro, como ensina Célio Goyatá, que consagra a pluralidade simultânea de empregos”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego: estrutura legal e supostos. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 237. No mesmo sentido: “O fato de trabalhar o músico em vários locais não desnatura o contrato de trabalho por ser tal fato compatível com sua profissão”. Acórdão proferido pelo TRT da 1ª região, RO 27.556/93, Rel. Juiz José J. Félix, publicada em 13.12.1995.

69 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. p. 320.

Desse modo, conclui-se que, para a declaração da nulidade do contrato previsto no artigo 442-B da CLT e o conseqüente reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador com seu contratante, basta que estejam presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade), sendo irrelevante o fato de o serviço ser prestado sem exclusividade ou de forma descontínua.

Por outro lado, a presença de exclusividade e de continuidade na prestação de serviços podem ser tidos, na análise do caso concreto, como indícios da existência da relação de emprego, para cuja configuração, no entanto, é necessária a presença dos elementos fático-jurídicos acima referidos.

Resta claro, portanto, que o artigo 442-B da CLT não pode ser interpretado como uma excludente legal da relação de emprego. Primeiramente, por força do disposto nos artigos 2º, 3º e 9º do mesmo diploma legal. Ademais, tal interpretação viria de encontro às normas constitucionais e internacionais de proteção ao trabalho.

2. Controle de convencionalidade

Conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os tratados internacionais de direitos humanos -, como é o caso das normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) -, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, §3º, da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com status supralegal. Desse modo, as normas legais, como o artigo 442-B da CLT, devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, pois estas possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.

Segundo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos humanos possuem quatro funções fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação⁷⁰.

Todos os agentes estatais estão adstritos ao dever de proteção perante terceiros dos direitos humanos, o qual enseja o dever do Poder Legislativo de não produzir normas contrárias a tais direitos e, caso isso ocorra, o dever do Poder Judiciário de fazer sucumbir a norma violadora por meio do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. **Com efeito, o agente estatal encontra-se juridicamente impedido de atuar de forma a afrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, sendo vedado ao legislador produzir norma contrária a esse último e proibido ao julgador dar cumprimento à

70 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-410.

norma violadora desse mesmo Direito, ainda que aprovada segundo os trâmites do processo legislativo nacional⁷¹.

Desse modo, conforme mencionado na primeira parte deste estudo, o Poder Judiciário nacional, inclusive os juízes de primeira instância, têm a obrigação jurídica de realizar o controle de convencionalidade das leis internas *ex officio*, por serem agentes estatais vinculados às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Devem os magistrados, portanto, deixar de aplicar as normas internas que contraponham esse último. Essa obrigação jurídica decorre do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU; artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da OEA; e artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, da OEA). Tal entendimento, inclusive, já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 89, de 1998⁷².

Em vista disso, o Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade do artigo 442-B da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, conferindo-lhe uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser excluída qualquer interpretação do artigo 442-B da CLT como uma excludente legal da relação de emprego.

2. Normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação

A interpretação do artigo 442-B da CLT como uma excludente legal da relação de emprego viola o princípio da isonomia, assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A mera contratação formal do trabalhador como autônomo,

71 Vide Beltramelli Neto. Direitos humanos. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

72 Podem ser citadas, ilustrativamente, a decisão do STF no RE 466.343 (data de julgamento: 03.12.2008), bem como as seguintes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70; Caso Paniagua Morales e outros Vs Guatemala. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C. Nº 37; Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. Nº 171; e Opinião Consultiva OC-14/94, sobre a responsabilidade internacional por promulgação e aplicação de leis violadoras da Convenção (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). In Beltramelli Neto. Direitos humanos. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

quando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, não é motivo razoável para justificar a diversidade de tutelas.

O princípio da isonomia, de acordo as lições desenvolvidas pioneiramente pelo jurista alemão Leibholz, deriva do princípio geral da justiça e consiste na interdição do arbítrio. Para o autor, o princípio cumpre uma função fundamental, como forma de realização da democracia, devendo presidir a atuação do Estado em todos os níveis, limitando, inclusive, a discricionariedade do legislador: “os direitos fundamentais, nos quais se inclui o princípio da isonomia, precedem o momento legislativo, pelo que a atuação legislativa deveria, conseqüentemente, conformar-se com o sentido de tal princípio”⁷³. De fato, todos os atos de Direito devem se assentar numa razão necessária, ou, ao menos, em uma razão suficiente, consistindo o ato jurídico arbitrário “numa motivação ou na procura de uma finalidade estranha à situação objetiva”⁷⁴.

Nesse sentido, por imposição do princípio da isonomia, a paridade ou a diferenciação operada pelo legislador deve se assentar em uma base efetiva de justificação, em uma razão necessária, suficiente, em um motivo atendível. Esse entendimento foi adotado pela jurisprudência alemã já na década de 1920. Em uma decisão do “Reischgericht”, de 04 de novembro de 1925, com relação a um diploma legal, afirmou-se que “uma diferença de tratamento que não tivesse por base uma justificação razoável seria arbitrária e violaria o princípio da isonomia”⁷⁵.

A doutrina de Leibholz, no entanto, veio realmente a ser consagrada pela jurisprudência alemã após a queda do regime nazista e a promulgação da Constituição de Bohn, em 1949. A Corte Constitucional, em decisão datada de 23 de outubro de 1951, afirmou que: “O princípio da isonomia é violado quando não conseguimos encontrar, na base de uma diferença ou de uma igualdade de tratamento legal, uma justificação razoável, resultante da natureza das coisas ou de uma qualquer outra razão objetivamente plausível, pois quando assim acontece, a disposição deve ser considerada arbitrária”. A Corte entendeu, assim, que o princípio da isonomia implica que qualquer diferença ou semelhança de tratamento deve ser justificada por uma razão objetiva suficiente, sob pena de essa medida se configurar como arbitrária e, assim, juridicamente inválida⁷⁶.

73 “O critério que em última instância permite determinar o que é ou não é arbitrário (isto é, ‘justo’), não pode ser fixado à partida, vivendo no campo do mutável historicamente e sendo ditado pela consciência jurídica de cada época (...) a justiça, como outros valores, está indissolúvelmente ligado à própria vida social (...) encontrando-se em perpétua evolução”. DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999. p. 78 e 80.

74 LEIBHOLZ. Die Gleichheit vor dem Gesetz. 1a ed. Berlim, 1925. p. 91 apud DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. p. 80.

75 Entsch. des Reichsgerichts in Ziv., t. 111, p. 320 e ss. apud DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. p. 82.

76 “Vimos já, aliás, que para Leibholz o princípio da igualdade significava a proibição do arbítrio, assim

Consoante a jurisprudência alemã, a ideia de “razão objetiva suficiente”, como corolário lógico do princípio da isonomia, deve ser respeitada, quer quando se trate de uma norma que diferencie, quer quando se trate de uma norma que confira uma disciplina paritária. Tanto a diferença, quanto a igualdade de tratamento, devem ser assentadas em razões objetivas, em motivos plausíveis. Essa dupla vertente do princípio da isonomia foi sedimentada pelos juízes alemães como “a obrigação de não tratar o que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, e de não tratar o que é essencialmente desigual de forma arbitrariamente igual”⁷⁷.

O legislador não pode, assim, tratar aquilo que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, o que pode e deve ser averiguado em sede de controle de convencionalidade das leis, o qual, na maioria dos países democráticos, como o Brasil e a Alemanha, é da competência do Poder Judiciário.

Pelo exposto acima, podemos concluir que o princípio da isonomia consiste na proibição do arbítrio, o que significa que deve haver uma razão objetiva, razoável, para que se proceda à diferenciação. Essa proibição se dirige a todos os níveis da atuação estatal, inclusive ao legislador. Aplicando esse raciocínio ao presente caso, temos que não existe uma razão suficiente, dotada de razoabilidade, para suprimir os direitos e garantias trabalhistas pelo simples fato de o trabalhador ter sido contratado formalmente como autônomo, quando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

A contratação formal do trabalhador como autônomo, quando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, não é motivo razoável para justificar a supressão dos direitos e garantias assegurados aos empregados. A razão de ser das tutelas trabalhistas reside não em uma mera formalidade contratual, mas sim na hipossuficiência do obreiro, a qual se faz presente no caso de um verdadeiro empregado contratado formalmente como autônomo. Desse modo, a diferença de tratamento, sem uma razão suficiente para justificá-la, consiste em verdadeiro arbítrio, com conseqüente violação ao princípio da isonomia. Esse princípio – que é assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – deve necessariamente ser respeitado pelo legislador.

Nesse sentido, ao pretender excluir os direitos e garantias trabalhistas assegurados aos empregados em virtude da mera contratação formal do trabalhador como autônomo, o legislador viola o princípio da isonomia, o que configura verdadeira discriminação, a qual é vedada expressamente pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Cumpre notar que essas normas internacionais trazem uma noção ampla de

como já adiantámos que após 1949 a jurisprudência alemã actuou no mesmo sentido”. DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. p. 84-86.

77 A Corte Constitucional alemã, em decisão datada de 1953, cuidou de esclarecer a definição de arbítrio: “desadequação objectiva e manifesta da medida legislativa à situação de facto que ela visa regular”. DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. p. 85 e 87.

discriminação, a qual não se limita apenas aos fatores expressamente mencionados, mas abrange quaisquer outras formas de discriminação.

A discriminação consiste, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, em uma “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”⁷⁸.

Ao se pretender excluir a aplicação dos direitos e garantias trabalhistas no caso de um verdadeiro empregado contratado formalmente como autônomo, sem um motivo suficiente para justificá-lo, está-se diante de verdadeira discriminação. De fato, a razão de ser das normas trabalhistas não é a formalização do vínculo empregatício, mas sim a hipossuficiência do obreiro. Esta se faz presente tanto no caso dos empregados formais, quanto na hipótese de um verdadeiro empregado contratado formalmente como autônomo, razão pela qual a diferença de tratamento entre eles não se justifica, configurando verdadeira discriminação.

Desse modo, ao pretender excluir o empregado contratado formalmente como autônomo da aplicação dos direitos e garantias trabalhistas, o artigo 442-B da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, viola o direito à igualdade formal e material previsto nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, fomentando a discriminação por situação econômica.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), prevê o seguinte:

“Artigo 2º. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **riqueza**, nascimento, **ou qualquer outra condição**. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania”.

“Artigo 7º. Todos são **iguais perante a lei** e têm direito, **sem qualquer distinção**, a **igual proteção da lei**. Todos têm direito a **igual proteção contra qualquer discriminação** que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

“Artigo 23. §1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de

78 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 902.

emprego, a **condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego**. §2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem **direito a igual remuneração por igual trabalho**. §3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma **remuneração justa e satisfatória**, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social". (sem destaques no original).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, 1991, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 1992, dispõe o seguinte:

"Artigo 26. Todas as pessoas são **iguais perante a lei** e têm direito, **sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei**. A este respeito, a lei deverá proibir **qualquer forma de discriminação** e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento **ou qualquer outra situação**". (sem destaques no original)

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, 1991, e promulgado pelo Decreto n. 591, de 1992, por sua vez, prevê o seguinte:

"Artigo 2º (...) 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento **ou qualquer outra situação**".

"Artigo 5º. 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo **destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas**".

"Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de **condições de trabalho justas e favoráveis**, que assegurem especialmente:

a) **Uma remuneração que proporcione, no mínimo,** a todos os trabalhadores:

i) Um **salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor**, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

ii) Uma **existência decente** para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) **A segurança e a higiene no trabalho;**

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, **a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas**, assim como a remuneração dos feriadados." (sem destaques no original)

A Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho ("Declaração de Filadélfia"), de 1944, anexada à Constituição da OIT, dispõe o seguinte:

"I. A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

a) o trabalho não é uma mercadoria;

(...)

II. A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social, afirma que:

a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o **direito de assegurar o bem-estar material** e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da **tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;**

b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional;

c) **quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal;**

(...)

III. A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem:

a) proporcionar **emprego integral** para todos e **evar os níveis de vida;**

b) dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral;

(...);

d) adotar **normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso** e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital;

(...)

j) assegurar as **mesmas oportunidades** para todos em **matéria educativa e profissional**" (sem destaques no original).

A Constituição da OIT, portanto, proíbe expressamente que o trabalho seja tratado como mercadoria: "labour is not a commodity" (art. 1º, "a", da Declaração de Filadélfia, de 1944, incorporada à Constituição da OIT)⁷⁹.

Do ponto de vista filosófico, embora diversos autores de renome, como Hegel, tenham tratado da dignidade da pessoa humana⁸⁰, destaca-se, para o tema do trabalho, o pensamento de Kant. Para esse filósofo alemão, os seres racionais estão submetidos a um

79 OIT. ILO Constitution. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:6135403041771296:NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

80 Cf. SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 105-118.

imperativo categórico que determina que “cada um deles *jamais* deve tratar a si mesmo e a todos os outros *como meros meios*, mas sempre *ao mesmo tempo como fim em si mesmo*”⁸¹. Nesse sentido, prossegue o autor:

“O homem, porém, não é uma coisa, por conseguinte não é algo que possa ser tomado como *mero* meio, mas, em todas as suas ações, tem de ser considerado sempre como fim em si mesmo. (...). No reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades humanas em geral tem um *preço de mercado*; o que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é um comprazimento com o mero jogo sem visar fins das forças de nosso ânimo, *preço afetivo*; mas o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, mas um valor intrínseco, isto é, *dignidade*”⁸².

Desse modo, a dignidade inerente ao ser humano impede que ele seja utilizado como mero instrumento, como meio para a consecução de um fim. O homem é fim em si mesmo, não se admitindo em hipótese alguma a sua “coisificação”.

Considerando que a dignidade da pessoa humana foi consagrada pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a ordem jurídica pátria veda a coisificação do ser humano e a utilização do trabalho como mercadoria, isto é, a prática de *marchandage*.

A exclusão da aplicação das tutelas trabalhistas, pelo simples fato de o trabalhador ser contratado formalmente como autônomo, quando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, por possibilitar que o homem seja tratado como mero artigo de comércio, sendo livremente negociado, a exemplo das coisas e dos animais, viola frontalmente a sua dignidade, sendo, portanto, vedada pelos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O homem tem *dignidade*, e não um *preço*, nas palavras de Kant, devendo assim ser tratado pela ordem jurídica.

A dignidade é, portanto, qualidade intrínseca do ser humano, dotada dos atributos da irrenunciabilidade e da inalienabilidade, de modo que o seu respeito e a sua tutela

81 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 259 e 261.

82 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. p. 245 e 265.

são deveres do Estado e da sociedade. Cabe ao Estado, inclusive ao Poder Judiciário, a proteção e a manutenção da condição de dignidade do homem.

Ao consagrarem a dignidade, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil trazem o ser humano como finalidade precípua da atividade estatal e centro convergente de direitos. Esse entendimento deve orientar as relações de trabalho e o seu respectivo ramo jurídico: o Direito do Trabalho.

O trabalho não é apenas fonte de subsistência, mas meio por excelência de realização pessoal e de integração comunitária, social e política, o que somente ocorre quando é exercido com dignidade. Desse modo, ao assegurar o direito ao trabalho, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil estão se referindo, necessariamente, ao trabalho digno, excluindo todas as formas de degradação e coisificação do ser humano e, portanto, a exclusão das tutelas trabalhistas no caso de verdadeiro empregado contratado formalmente como autônomo.

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, por sua vez, prevê o seguinte:

“A Conferência Internacional do Trabalho,

1. Lembra:

a) que no momento de incorporar-se livremente à OIT, **todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia**, e se comprometeram a esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização na medida de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas;

b) que esses princípios e direitos têm sido expressados e desenvolvidos sob a forma de direitos e obrigações específicos em convenções que foram reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização.

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do 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, isto é:

a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;

b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;

c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e

d) **a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.**

3. Reconhece a obrigação da Organização de ajudar a seus Membros, em resposta às necessidades que tenham sido estabelecidas e expressadas, a **alcançar esses objetivos fazendo pleno uso de seus recursos constitucionais**, de funcionamento e orçamentários (...)" (sem destaques no original)

A Convenção n. 111, que é uma das Convenções fundamentais da OIT e trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 1964, e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 1968. Essa Convenção prevê o seguinte:

"Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo "discriminação" compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) **qualquer outra distinção**, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a **igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão** que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Art. 2 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma **política nacional** que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a **igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.**

Art. 3 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais:

(...)

c) **revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;**” (sem destaques no original)

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1948 dispõe o seguinte:

“Artigo II. Todas as pessoas são **iguais perante a lei** e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, **ou qualquer outra**.

Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao **trabalho em condições dignas** e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma **remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família**”.

(sem destaques no original)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (“Pacto de São José da Costa Rica”), da OEA, promulgada pelo Decreto n. 678, de 1992, também traz os seguintes dispositivos:

“Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, **posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social**”.

“Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são **iguais perante a lei**. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a **igual proteção da lei**”.

(sem destaques no original)

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), de 1988, da OEA, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 56, de 1995, e promulgado pelo Decreto n. 3.321, de 1999, também prevê o seguinte:

“Artigo 3. Obrigação de não discriminação. Os Estados Partes neste

Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, **posição econômica**, nascimento ou **qualquer outra condição social**.

Artigo 4. Não-admissão de restrições. Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado **em virtude de sua legislação interna** ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Artigo 5. Alcance das restrições e limitações. Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante **leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral** dentro de uma sociedade democrática, na medida em que **não contrariem o propósito e razão dos mesmos**.

Artigo 7. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que **o direito ao trabalho**, a que se refere o artigo anterior, **pressupõe** que toda pessoa goze do mesmo em **condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações**, de maneira particular:

a. **Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;**

b. (...);

c. O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;

d. Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional;

e. **Segurança e higiene no trabalho;**

f. (...)

g. **Limitação razoável das horas de trabalho**, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h. Repouso, gozo do tempo livre, **férias remuneradas**, bem como remuneração nos feriados nacionais” (sem destaques no original)

Desse modo, ao pretender excluir da aplicação dos direitos e garantias trabalhistas o verdadeiro empregado contratado formalmente como autônomo, o artigo 442-B da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, viola o princípio da isonomia e da não discriminação consagrado nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

3. Normas internacionais sobre saúde e segurança no trabalho

A contratação de um verdadeiro empregado formalmente como autônomo conduz a que seja excluído da aplicação das normas de saúde e segurança no trabalho, as quais são imprescindíveis para a evitar a ocorrência de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais, o que viola a Convenção 155 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 1994. Por meio dessa Convenção, o Brasil se comprometeu a implementar uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, com o objetivo de prevenir os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais, reduzindo ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. Confira-se:

“Art. 4. 1. **Todo Membro deverá**, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, **pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho**. 2. **Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.**” (sem destaques no original)

Segundo a Convenção 155 da OIT, essa política, fundada no princípio de permanente cooperação entre empregador e empregados (art. 20), exige do país ações nor-

mativas que pressupõem uma relação de pessoalidade entre o empregado e a empresa titular do ambiente de trabalho e a presença minimamente estável nesse ambiente, especialmente nas atividades industriais. São exemplos dessas ações: a) adaptação da maquinaria, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores (art. 5.b)⁸³; b) habilitação dos trabalhadores ou seus representantes na empresa para examinar todos os aspectos da segurança e a saúde relacionados com seu trabalho, devendo ser consultados nesse sentido pelo empregador etc. (art. 19.e)⁸⁴; c) proteção contra medida disciplinar injustificada do trabalhador que julgar necessário interromper situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que envolve perigo iminente e grave a sua vida ou saúde, não podendo o empregador exigir retorno ao trabalho enquanto não houver tomado medidas corretivas (arts. 13 e 19.f)⁸⁵.

O implemento de política dessa natureza e intensidade em um cenário de contratação formal de verdadeiro empregado como autônomo é ineficaz. Inexistindo a formalização do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador do serviço, titular do ambiente de trabalho, a recusa do obreiro em trabalhar sob iminente perigo à vida e saúde não possui real eficácia protetiva, mas apenas o submete a situação de absoluta fragilidade relacional na defesa de sua saúde e segurança. Ademais, o tomador de seus serviços, pela simples ausência de formalização do vínculo empregatício, não observará as normas de saúde e segurança no trabalho, as quais são imprescindíveis para a evitar a ocorrência de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais.

Todo o exposto demonstra que a contratação formal de verdadeiro empregado como autônomo viola as normas internacionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

83 "5. A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho: (...) b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores."

84 "19. Deverão ser adotadas disposições, em nível de empresa, em virtude das quais: (...) e) os trabalhadores ou seus representantes e, quando for o caso, suas organizações representativas na empresa estejam habilitados, de conformidade com a legislação e a prática nacionais, para examinarem todos os aspectos da segurança e da saúde relacionados com seu trabalho, e sejam consultados nesse sentido pelo empregador. Com essa finalidade, e em comum acordo, poder-se-á recorrer a conselheiros técnicos alheios à empresa"

85 "13. De conformidade com a prática e as condições nacionais, deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde."

4. Normas internacionais sobre liberdade sindical e negociação coletiva

A vedação da interpretação do artigo 442-B da CLT como excludente legal da relação de emprego justifica-se também pelos efeitos deletérios causados no plano coletivo. O trabalhador autônomo não integra formalmente a categoria profissional vinculada ao tomador de seus serviços, o que induz a grave déficit de efetividade do direito fundamental a liberdade sindical e a mecanismos de conquista coletiva de melhoria de condição social do trabalhador, como a negociação coletiva e a greve. A mera possibilidade de substituição pelas empresas dos empregados por trabalhadores contratados formalmente como autônomos já constitui ameaça permanente de desemprego ou de precarização do trabalho, fator de enfraquecimento do poder de organização coletiva e de reivindicação sindical.

A substituição de empregados por trabalhadores contratados formalmente como autônomos desestrutura e enfraquece os sindicatos e as demais formas de organização coletiva dos trabalhadores, o que gera um rebaixamento nas condições de trabalho. Isso porque os sindicatos exercem um papel de extrema relevância, não apenas na conquista de novos direitos trabalhistas, mas também na garantia do efetivo cumprimento dos direitos previstos nas leis e nas normas coletivas. O exemplo dos países desenvolvidos demonstra que não há verdadeira democracia, nem real desenvolvimento socioeconômico, sem sindicatos fortes e atuantes.

A interpretação do artigo 442-B da CLT como excludente legal da relação de emprego viola, portanto, o disposto na Convenção 98 da OIT, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 49, de 1952, e promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 1953. Trata-se de uma das convenções fundamentais da OIT, relativa ao direito de organização e negociação coletiva, que prevê o seguinte:

“Artigo 1º

1 - Os trabalhadores deverão gozar de **proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical** em matéria de emprego.

(...)

Artigo 4º

Deverão ser tomadas, se necessário for, **medidas apropriadas** às condições nacionais **para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego”.**

5. Normas internacionais relativas ao regime de emprego socialmente protegido

As normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho consagram o regime de emprego socialmente protegido, centrado no contrato de emprego por prazo indeterminado, por meio do qual podem ser efetivamente exercidos os direitos assegurados ao trabalhador⁸⁶.

Com efeito, o contrato de emprego tem demonstrado ser historicamente a mais objetiva, direta e eficiente maneira de propiciar igualdade de oportunidades, de consecução de renda, de afirmação pessoal e de bem-estar para a grande maioria das populações na sociedade capitalista. O exemplo dos países desenvolvidos é bastante ilustrativo: por meio da relação de emprego, é possível garantir poder a quem originalmente é destituído de riqueza, consistindo em fórmula eficaz de distribuição de renda e de poder na desigual sociedade capitalista⁸⁷.

A importância fundamental do emprego para o desenvolvimento econômico e a maior igualdade e justiça social pode ser demonstrada estatisticamente. Conforme nos revelam dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), os países mais desenvolvidos econômica e socialmente do mundo são aqueles que possuem o maior percentual da população economicamente ativa (PEA) na condição de “empregados” e menor percentual nas categorias “empregadores e trabalhadores autônomos” e “trabalhadores familiares não remunerados”. Basta confrontar, por exemplo, no que tange ao percentual de empregados na composição da PEA, os números da Noruega (92,5%), Suécia (90,4%), Dinamarca (91,2%), Alemanha (88,6%), Países-Baixos (88,9%) e Reino Unido (87,2%), com aqueles presentes na Grécia (60,2%), Turquia (50,9%), Tailândia (40,5%), Bangladesh (12,6%) e Etiópia (8,2%)⁸⁸.

No mesmo sentido é a conclusão do estudo publicado pelo Global Entrepreneurship Monitor (GEM) em 2015, o qual foi realizado a partir de dados coletados entre 2012 e 2014 em cinco regiões do mundo: África Sub-Saariana, Oriente Médio e Norte da África, Sul e Sudeste da Ásia, América Latina e Caribe e países da Europa. Esse estudo demonstra que nos países periféricos, isto é, com economias pouco competitivas, ainda regradas por produção de bens básicos e *commodities*, baixa qualificação profissional e baixos salários, há maior “empreendedorismo” entre os jovens (52%). Nos países desenvolvidos, por sua vez, com economias mais

86 Vide, a propósito, a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5735 ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face das alterações introduzidas pela Lei 13.429, de 2017, na Lei 6019/74.

87 Vide DELGADO, Mauricio Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.

88 OIT. La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95a Reunión. Ginebra: OIT, 2006. p. 80-88.

estáveis, alta tecnologia, bons salários e indicadores de eficiência e inovação, os jovens optam invariavelmente pelo contrato de emprego, isto é, por serem contratados por uma empresa na qual possam desenvolver uma carreira profissional. Com efeito, apenas 19% dos jovens europeus pensam em abrir um negócio próprio e somente 8% estão engajados em alguma atividade empreendedora⁸⁹.

Desse modo, em consonância com o regime de emprego socialmente protegido, preconizado pelas normas internacionais de proteção ao trabalho, o artigo 442-B da CLT não pode ser interpretado como uma excludente legal da relação de emprego.

Nesse sentido, por meio da Recomendação 198, de 31 de maio de 2006, a OIT propõe, no âmbito das políticas nacionais, que os Estados-membros definam em suas leis e regulamentos “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, com destaque para as seguintes características fáticas que integram conteúdo histórico da relação de emprego (item 4): a) o trabalho deve ser realizado envolvendo integração do trabalhador na organização da empresa (item 13.a); b) o trabalho deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador (13.a); e c) o trabalho deve ter duração particular e certa continuidade no tempo (13.a).

A OIT realizou vários estudos comparados, em mais de sessenta países-membros, considerando as respectivas legislação e jurisprudência. Tais estudos confirmaram a importância da noção de relação de emprego, sobre a qual repousa substancialmente o sistema de proteção do Direito do Trabalho⁹⁰.

Essa manifestação exortativa da OIT sintetiza pretensão de consenso entre os Estados-membros acerca de elementos fundamentais da relação de emprego: integração do trabalhador na organização da empresa, pessoalidade da prestação do trabalho e pretensão de máxima continuidade do vínculo de emprego, como atributos que conferem conteúdo protetivo ao vínculo de trabalho. Tais elementos, no entanto, são flagrantemente negados pela interpretação do artigo 442-B da CLT como excludente legal da relação de emprego, o que descumpriria princípios constitutivos da Organização Internacional do Trabalho, de que participa o Brasil. Tal interpretação, em verdade, permitiria se tratar o trabalho como se mera mercadoria fosse, em violação à própria Constituição da OIT, que proíbe expressamente que o trabalho seja tratado como artigo de comércio: “labour is not a commodity” (art. 1º, “a”, da Declaração de Filadélfia, de 1944, incorporada à Constituição da OIT)⁹¹.

89 Disponível em <<http://www.abrhbrasil.org.br/cms/materias/noticias/jovens-de-paises-menos-desenvolvidos-sao-mais-empreendedores-segundo-estudo/>> Acesso em 05 set. 2017.

90 Vide OIT. La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006.

91 OIT. ILO Constitution. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:6135403041771296:NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

A interpretação do artigo 442-B da CLT como excludente legal da relação de emprego viola, portanto, o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, que consagram o regime de emprego socialmente protegido, centrado no contrato de trabalho por prazo indeterminado.

6. As normas do Código Civil

Cumpra-se também as normas do Código Civil relativas à simulação, as quais se aplicam subsidiariamente ao Direito do Trabalho por força do artigo 8º, parágrafo único, da CLT. Nesse sentido, o artigo 167 do Código Civil prevê o seguinte:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

(...)

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”;

Ora, se um contrato firmado com um trabalhador formalmente autônomo encobre uma verdadeira relação de emprego, trata-se de um negócio jurídico simulado, pois contém declarações e cláusulas que não correspondem à realidade. Nesse caso, declara-se a nulidade do contrato simulado, subsistindo o pacto dissimulado, isto é, o contrato de emprego.

7. A aplicação do princípio da primazia da realidade

Trata-se, em verdade, da aplicação do princípio da primazia da realidade, basilar ao Direito do Trabalho e consagrado, na ordem jurídica brasileira, notadamente pelo artigo 9º (“Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”) e pelo artigo 442, *caput* (“Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, *correspondente à relação de emprego*”), ambos da CLT.

Segundo o princípio da primazia da realidade, na análise de uma relação de trabalho, deve-se dar maior importância aos fatos do que à forma; a essência se sobrepõe à

aparência⁹². Esse princípio – que, nas palavras da OIT, goza de “vigência universal”⁹³ – em alguns países é previsto expressamente pela lei e em outros foi consagrado pela jurisprudência⁹⁴.

Assim, aplicando-se o princípio em tela, a análise acerca da existência da relação de emprego não deve se limitar ao nome ou à forma atribuídos à relação (*v.g.*, contrato de prestação de serviços, de empreitada, de sociedade, de estágio, de franquia, cooperativa), pois que muitas vezes a intenção é exatamente tentar afastar a incidência do Direito do Trabalho. Deve-se, ao contrário, investigar a concreta relação desenvolvida entre as partes para averiguar a existência da relação de emprego. Como observado por Homero Batista Mateus da Silva, ao comentar o artigo 442-B da CLT:

“Numerosas são as leis e os artigos que buscam negar a existência do vínculo de emprego em certas situações, como ocorreu com os cooperados, com os representantes comerciais autônomos e com os viajantes. O erro fundamental na concepção dessas normas guarda semelhança com nossa crítica feita ao art. 71, §4º, acerca da natureza jurídica das horas extras: tanto o vínculo de emprego quanto a natureza salarial de uma parcela não decorrem da boa vontade do legislador, da mão pesada de um magistrado, da presença do fiscal do trabalho e nem mesmo dos dizeres constantes do contrato escrito. O vínculo de emprego e a parcela salarial nascem da percepção da realidade, da essência de um relacionamento, da lógica dos fatos. (...). Ou seja, o art. 442-B dispõe de *mera presunção relativa*. O legislador não consegue, nesta quadra de desenvolvimento jurídico, criar uma presunção absoluta de inexistência de emprego. (Assim sendo, não faz diferença se o art. 442-B existe ou não existe, porque a presunção relativa já ocorreria sem ele.). O legislador parece impressionado com o cumprimento das ‘formalidades legais’, ignorando que o direito do trabalho enaltece o princípio da primazia da realidade e, como tal, essas formalidades serão analisadas em conjunto com os elementos de fato que permearam a relação. Em caso de colisão entre a forma e o conteúdo, este sempre

92 Vide RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3a ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 339 e 341 e DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001. p. 61.

93 OIT. La relación de trabajo. p. 24. A OIT defende expressamente a aplicação do princípio da primazia da realidade, que pode ser muito útil em situações nas quais a qualificação da relação de trabalho é duvidosa, seja em razão de uma ambiguidade objetiva, seja em virtude do seu ‘encobrimento’ intencional. p. 57-58.

94 Na Inglaterra, por exemplo, o princípio em tela foi construído pela jurisprudência e, atualmente, a proibição de simulações tendentes a fraudar a legislação trabalhista encontra-se no art. 203 do “Employment Rights Act”, de 1996. HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. Textbook on Labour Law. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 23.

prevalecerá sobre aquela. Em resumo, a nosso sentir, este dispositivo representa mais uma perda de tempo.”⁹⁵.

Como observado pelo professor japonês YUICHIRO MZUMACHI “o Direito do Trabalho nasceu em oposição ao formalismo do Direito Civil. Se hoje, mais uma vez, cresce a diferença entre o formal e o real, é preciso que ele encontre novas formas de agir. O Direito do Trabalho é a língua que descreve a realidade social, mas também a força que a corrige”⁹⁶. Assim, toda vez que um trabalhador resulta ser, de fato, um empregado, como tal deve ser qualificado, com a consequente aplicação das normas trabalhistas, não importando que ele tenha sido formalmente contratado como autônomo -, a exemplo do artigo 442-B da CLT -, pois o “nomen iuris” atribuído ao contrato em nada releva para a sua qualificação. A distinção entre subordinação e autonomia deve se fundar em critérios objetivos, fáticos, e não na forma contratual adotada⁹⁷.

Essa ressalva, embora óbvia até mesmo para os estudiosos iniciais do Direito do Trabalho, pois se trata de um princípio basilar desse ramo jurídico, nos dias atuais, infelizmente, deve ser novamente reiterada, mormente em razão do artigo 442-B da CLT. Esse dispositivo legal, em verdade, pretende retomar o formalismo vigente na época anterior à criação do Direito do Trabalho, ao valorizar a “declaração de vontade das partes” (leia-se: do empregador) para qualificar a relação como autônoma. O interessante é que se trata de um regresso ao formalismo do Direito Civil clássico, pois até mesmo esse ramo jurídico, na atualidade, vem desconsiderando a forma em favor dos fatos, como nos exemplifica claramente o Direito do Consumidor⁹⁸.

95 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 66-68.

96 Citado em VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, n. 73, p. 29-38, jan./jun. 2006. p. 34.

97 “A qualificação inicial do pacto ou mesmo a sua inicial execução como contrato de prestação de serviços autônomos cedem diante da sucessão de fatos ulteriores (...) Por aí, não só se reconhece o pouco valor da forma inicial da prestação de serviços, como a nenhuma significação do nomen iuris que as partes dão ao ajuste”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. p. 234.

98 “Não se pode olvidar, ademais, que o próprio direito civil, hoje constitucionalizado, já é sensível aos desvios que a perspectiva individualista e excessivamente privatística podem conduzir, tendo incorporado perspectivas diversas ao longo de sua trajetória, no sentido de tutelar diferencialmente relações em que há assimetria entre as partes, buscando a igualdade substancial, entendendo limitada a própria autonomia da vontade (autonomia da vontade limitada e autonomia privada regrada), outrora considerada absoluta, bem como relendo seis institutos a partir dos postulados da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva, da solidariedade social, da função social da propriedade, dos contratos, e da empresa. (...) Assim é que a Constituição de 1988 e as releituras constitucionais do Código Civil, analisadas sistematicamente em relação ao direito do trabalho, não poderiam coadunar com o retrocesso desse ramo do direito em direção a origens patrimonialistas e individualistas remotas”. FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; DUTRA, Renata Queiroz. Contrato de locação de serviços, contrato de prestação de serviços e contrato de trabalho. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. coord. Gustavo Tepedino, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana Frazão e

O entendimento contrário levaria a se deixar ao livre arbítrio das partes – ou melhor, do empregador – a aplicação dos direitos e garantias trabalhistas, tornando letra morta a imperatividade e a indisponibilidade que lhes são inerentes, o que é inadmissível. Como observa ironicamente Olivier Pujolar, bastaria que os empresários determinassem a seus empregados: “Obedeçam-me, sejam autônomos!”⁹⁹.

A configuração de vínculo de emprego, em verdade, é decorrência natural do reconhecimento judicial de fraude contra o regime jurídico-trabalhista. Nesse sentido, são as lições de Jorge Luiz Souto Maior:

“Ora, se houvesse algum modo juridicamente válido para que, de forma generalizada, um autêntico empregado não fosse considerado empregado, essa fórmula serviria a todas as pessoas, o que implicaria dizer que não existiria a relação de emprego. O problema é que no Brasil muitos acham que podem ser mais “espertos” que os outros. Enquanto seu concorrente contrata empregados e os registra, o “esperto” acha que pode – só ele, o concorrente não – admitir trabalhadores para executar os mesmos serviços, mas, por conta de uma mágica qualquer, não os considerar seus empregados e, conseqüentemente, não suportar os custos decorrentes da aplicação do Direito do Trabalho. Claro que isso só pode ser uma doce ilusão, que, ao final, fica bastante amarga”¹⁰⁰.

Ressalta-se que a própria OIT, por meio da citada Recomendação n. 198, de 2006, sobre a relação de trabalho, prevê que devem ser levados em conta, primordialmente, os fatos relativos à execução do trabalho, consagrando, assim, o princípio da primazia da realidade (art. 9º). Os países-membros deveriam admitir uma ampla variedade de meios para determinar a existência da relação de emprego (certamente para facilitar o ônus probatório) e consagrar uma presunção legal da sua existência quando se verificarem um ou mais indícios (art. 11). Estes seriam indicadores da presença, no caso concreto, dos pressupostos dessa relação.

Nesse sentido, são elencados alguns indícios que poderiam cumprir essa missão, os quais, em nossa opinião, mesmo que não estejam previstos expressamente em lei, podem ser utilizados pela jurisprudência na interpretação e aplicação dos pressupostos da relação de emprego ao caso concreto.

Gabriela Neves Delgado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 243 e 245.

99 PUJOLAR, Olivier. Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo. Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica, Madrid, La Ley, n. 02, p. 237-254, 2005.

100 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego. v. II. São Paulo: LTr, 2008. p. 47-48.

Entre tais indícios é mencionado o fato de a remuneração constituir “a única ou a principal fonte de renda do trabalhador” e de a prestação laborativa ser efetuada “única ou principalmente em benefício de outra pessoa”. Outros critérios elencados são a “integração do trabalhador na organização da empresa”, o que aponta para a ideia de subordinação objetiva, e a ausência da assunção de “riscos financeiros” pelo trabalhador. Desse modo, como visto, o fato de o trabalhador contratado formalmente como autônomo prestar os seus serviços com exclusividade e de forma contínua para um determinado tomador de serviços pode ser tido como indício da existência de verdadeira relação de emprego.

A interpretação do artigo 442-B da CLT como excludente legal da relação de emprego pretende, em verdade, a substituição do princípio da primazia da realidade pelo da autonomia da vontade. Fundamenta-se, assim, em uma premissa falsa, isto é, que a situação fática de desigualdade entre as partes do contrato de trabalho, outrora vigente, não mais subsiste, vigorando, na atualidade, uma suposta paridade entre os contratantes. Ora, estaríamos muito felizes se essa desigualdade tivesse sido eliminada, mas bem sabemos que ela persiste no mundo atual, em alguns aspectos até mesmo de forma mais acentuada do que no passado, o que continua a justificar plenamente a aplicação do Direito do Trabalho e de todos os seus princípios.

Como observa Mauricio Godinho Delgado, a função central, primordial, do Direito do Trabalho é garantir a “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica”¹⁰¹. É óbvio que o objetivo ideal é buscar a maior proximidade das condições econômicas e de poder do empregado em relação ao empregador. Todavia, como dito, é um ideal, que deve ser constantemente buscado, mas que ainda está longe de ser concretizado, não podendo, assim, ser tomado como uma premissa, como um dado da realidade.

Caso fosse assentado na autonomia da vontade, o Direito do Trabalho se desnaturaria, deixaria de existir, tornar-se-ia mero segmento do Direito Civil. Analogicamente, seria o mesmo de dizer: daqui em diante o pagamento de tributos é facultativo; não haveria mais Direito Tributário, pois o conceito básico do ramo jurídico – tributo – pressupõe a obrigatoriedade.

101 “O ramo justabalhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe. Este valor – e a consequente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado – consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Sem tal valor e sem tal direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea”. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. p. 58.

8. Conclusão

O artigo 442-B da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, deve ser interpretado de forma sistemática, isto é, em conjunto com os demais dispositivos da própria CLT, entre os quais os artigos 2º, 3º e 9º. Nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, há relação de emprego quando o trabalhador presta serviços com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. No caso da contratação prevista no artigo 442-B da CLT, é necessário verificar se na relação estabelecida entre o trabalhador autônomo e o contratante estão presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em especial a subordinação. Caso estes se façam presentes, por força do artigo 9º da CLT, deve ser declarada a nulidade do contrato, com o consequente reconhecimento de vínculo empregatício do trabalhador com o seu contratante.

Essa interpretação se encontra em plena conformidade os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial as normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação, à saúde e segurança no trabalho, à liberdade sindical e à negociação coletiva e ao regime de emprego socialmente protegido.

Ademais, a interpretação ora defendida respalda-se nas normas do Código Civil relativas à simulação, as quais se aplicam subsidiariamente ao Direito do Trabalho por força do artigo 8º, parágrafo único, da CLT.

Pode-se invocar, ainda, a aplicação do princípio da primazia da realidade, basilar ao Direito do Trabalho e consagrado, na ordem jurídica brasileira, notadamente pelos artigos 9º e 442, *caput*, da CLT. Tal princípio, segundo a OIT, goza de vigência universal.

Os tratados internacionais de direitos humanos, como as normas produzidas no âmbito da OIT, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, §3º, da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal, conforme o entendimento firmado pelo STF. Desse modo, as normas legais -, como o artigo 442-B da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017 -, devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, que possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.

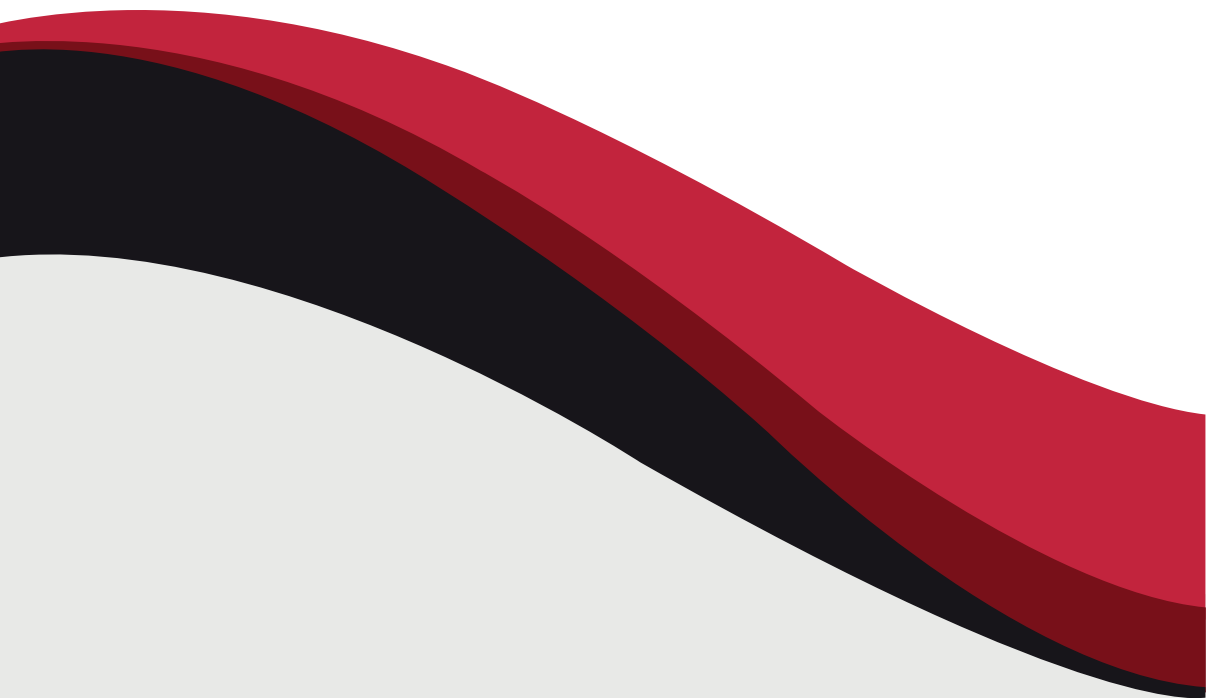
O Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de re-alizar o controle de convencionalidade do referido dispositivo legal, conferindo-lhe uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser excluída qualquer interpretação do artigo 442-B da CLT como excludente legal da relação de emprego.

TEMA 4:

“Pejotização”

SUMÁRIO: 1. A interpretação sistemática. 2. Controle de convencionalidade. 3. Normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação. 4. Normas internacionais sobre saúde e segurança no trabalho. 5. Normas internacionais sobre liberdade sindical e negociação coletiva. 6. Normas internacionais relativas ao regime de emprego socialmente protegido. 7. As normas do Código Civil. 8. A aplicação do princípio da primazia da realidade. 9. Conclusão.



1. A interpretação sistemática

O artigo 4º-A da Lei 6.019/74, acrescido pela Lei 13.429/2017, com a alteração promovida em seu *caput* pela Lei 13.467/2017, tem a seguinte redação:

“Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (redação de acordo com a Lei 13467, de 2017)

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)”

Primeiramente, cumpre ressaltar que a denominada “pejotização” consiste na contratação de trabalhador subordinado como sócio ou titular de pessoa jurídica, visando a mascarar vínculo empregatício por meio da formalização contratual autônoma, em fraude à relação de emprego. Daí se origina o neologismo “pejotização”, no sentido de transformar artificialmente um empregado em pessoa jurídica.

Pois bem; segundo Carlos Maximiliano, “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance da norma”¹⁰².

Nesse sentido, a interpretação de uma norma jurídica pressupõe a aplicação de regras anteriormente definidas pela hermenêutica para extrair o significado e extensão da norma. Entre os métodos de interpretação pode-se citar o sistemático, que consiste em “interpretação da norma à luz das outras normas e do espírito (principiologia) do ordenamento jurídico, o qual não é a soma de suas partes, mas uma síntese (espírito) delas. A interpretação sistemática procura compatibilizar a partes entre si e as partes com o todo - é a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo”¹⁰³.

102 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 01.

103 FILHO, Glauco Barreira Magalhães. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 37.

Como toda norma jurídica, o novel artigo acima transcrito deve ser interpretado de forma sistemática, em conjunto com as demais normas introduzidas na Lei 6.019/74, bem como com os dispositivos da CLT, entre os quais os artigos 2º, 3º e 9º.

Nesse sentido, em uma primeira análise, o § 2º do artigo 4º-A oferece argumento jurídico facilitador da “pejotização”, ao afastar vínculo empregatício entre os sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante.

No entanto, quando se examina o conjunto das normas que foram acrescentadas à Lei 6.019/74, com o objetivo de regulamentar a prestação de serviços a terceiros (terceirização), constata-se que a “pejotização” não se enquadra na figura da prestação de serviços, considerado o conceito legal dessa modalidade contratual e a forma de sua execução.

O primeiro aspecto a inviabilizar a utilização do contrato de prestação de serviços como instrumento de “pejotização” reside na exigência de transferência do serviço para a contratada, sendo a autonomia um elemento a ela inerente.

Note-se que a autonomia abrange a capacidade de auto-organização e gestão da atividade transferida, inclusive quanto aos métodos de trabalho, o que é incompatível com as situações em que a contratante visa à prestação de serviços pessoais pelo contratado, inserindo-o em seu processo produtivo.

Como decorrência da transferência da execução da atividade, o contrato de prestação de serviços resulta descaracterizado nas situações em que houver subordinação direta ou estrutural do trabalhador à contratante, inclusive por meios telemáticos e informatizados. Dispõe o parágrafo único do artigo 6º da CLT que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Ao conceituar a prestação de serviços a terceiros, por sua vez, o *caput* do art. 4º-A a define como a transferência da execução de atividades da contratante a pessoa jurídica prestadora de serviços que possua “capacidade econômica compatível com a sua execução”. Quando o trabalhador, ainda que na condição de sócio ou titular de pessoa jurídica, se compromete a prestar uma atividade em caráter pessoal, entregando para isso apenas sua força de trabalho, esse contrato não configura prestação de serviço, pois, por meio dele, não se transfere execução de atividade, mas apenas se contrata força de trabalho. Ademais, para sua execução não se exige capacidade econômica do prestador, por se tratar de trabalho por conta alheia.

No mesmo sentido aponta o § 1º do artigo 4º-A, ao estabelecer que cabe à empresa prestadora a direção do trabalho desenvolvido por seus trabalhadores. Apesar de se referir a “trabalhadores”, a norma os enquadra juridicamente como “empregados”, pois, se-

gundo o enunciado, a empresa prestadora os “contrata, remunera e dirige”, elementos próprios da relação de emprego (artigos 2º e 3º da CLT).

A exigência de que a empresa prestadora dirija os trabalhos inviabiliza, em termos lógicos, a utilização do contrato de prestação de serviços como instrumento formal para mascarar a relação de emprego, pois é da essência da “pejotização” que o trabalhador contratado preste serviços com pessoalidade e sob subordinação estrutural ou direta à contratante, a qual dirige o seu trabalho. Se a contratante mantém o controle administrativo e operacional da atividade objeto do contrato, há forte indício de fraude.

Ao fixar os requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros, o legislador exige que possua capital social “compatível com o número de empregados”, conforme escala que se inicia com “empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00...” (art. 4º-B). Claramente, a Lei 6.019/74 define a prestadora de serviços como uma empresa estruturada, com quadro de pessoal, e que executa o objeto do contrato com uso de mão de obra de empregados, tanto que assegura “aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4-A desta Lei (...) as mesmas condições” de atendimento médico ambulatorial, utilização de refeitório, transporte, treinamento e saúde e segurança no trabalho (art. 4º-C).

Essa caracterização da figura da prestadora de serviços como uma empresa dotada de estrutura funcional consta expressamente no art. 5º-A da Lei 6.019/74, *in verbis*:

“Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado”.

Ainda que se possa entender que a Lei 6.019/74 contempla também hipótese em que as atividades são executadas diretamente pelos sócios ou titulares da empresa de prestação de serviços, esta somente poderá se dar no exercício de típica atividade empresarial, observadas as balizas que decorrem de seu conceito e características, que claramente diferem da relação de emprego mascarada em uma “pejotização”.

Oportuno observar que o artigo 966 do Código Civil conceitua a figura do empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Analisando o artigo 966 do Código Civil, Leonardo Garcia Barbosa observa o seguinte:

“Vejamos cada um dos elementos que compõem o conceito de empresário individual, de acordo com o que está descrito no Código Civil. O primeiro elemento é a palavra “quem”, correspondente, a nosso ver, a uma pessoa. É o empresário quem dirige, em nome próprio uma atividade econômica. É ele que assume os riscos do negócio, auferindo lucros ou sofrendo prejuízos decorrentes da atividade econômica. A direção em nome próprio caracteriza a assunção, de forma pessoal pelo empresário individual perante terceiros, da responsabilidade pelas obrigações decorrentes dos riscos do empreendimento. O segundo elemento é que o verbo “exerce” nos induz a pensar em atividade econômica. Na verdade, é importante destacar que o empresário “dirige” a atividade econômica. É uma atividade, portanto, diretiva-organizativa”¹⁰⁴.

Na mesma linha é a lição de Rubens Requião, para quem “dois elementos fundamentais servem para caracterizar a figura do empresário: a iniciativa e o risco”¹⁰⁵. O trabalhador contratado sob o mascaramento de pessoa jurídica não ostenta essas condições, pois não dirige uma atividade econômica e não assume os riscos dela decorrentes.

No plano trabalhista, a figura do empresário deve ser interpretada em harmonia com o artigo 2º da CLT, segundo o qual “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

104 BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, ano 51, n. 202, p. 251-277, jun. 2014. p. 257-258.

105 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 1º vol. 19ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 75.

Como se percebe, o conceito de empresa pressupõe o exercício de uma atividade econômica organizada, na qual o empresário assume os riscos da atividade desenvolvida e, logicamente, colhe os seus frutos, isto é, o lucro.

O desenvolvimento de atividade econômica e a assunção dos riscos a ela inerentes são os elementos que a Lei 8.212/91 adota para a caracterização da empresa:

“Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;”

No mesmo sentido, conclui Bruno Mattos e Silva que “Quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal não é empresário”¹⁰⁶.

Assim, a norma do artigo 5º-C deve ser interpretada de forma sistemática e coerente, no contexto normativo em que inserida, pois, embora utilize o termo “pessoa jurídica”, está se referindo a empresa, no sentido de atividade econômica organizada. Veja-se:

“Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados”.

Esse dispositivo revela a preocupação do legislador em evitar o desvirtuamento e a utilização indevida do contrato de prestação de serviços para fraudar a relação de emprego, impedindo que empresas contratantes induzam empregados ou trabalhadores autônomos a constituir pessoas jurídicas para figurar como empresas prestadoras de serviços, em típico processo de “pejotização”. O descumprimento da proibição legal gera presunção de irregularidade da contratação, resultando descaracterizada a prestação de serviços, com formação de vínculo de emprego entre os trabalhadores e a contratante.

Esse tipo de irregularidade é comum e, em muitos casos, visa à obtenção de benefícios tributários, pois a empresa criada para assumir a execução de determinada etapa do processo de produção, enquadrada como micro ou pequena empresa, é beneficiária de regime de tributação diferenciado, conforme a legislação que rege tais modalidades.

106 MATTOS E SILVA, Bruno. Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário. São Paulo: Atlas, 2007. p. 34.

Destarte, as alterações normativas inseridas na Lei 6.019/74 não autorizam, mas, ao contrário, vedam o expediente da “pejotização”, deixando claro que esse tipo de simulação não encontra amparo nos contratos de prestação de serviços a terceiros. Nesse sentido, são nulos os contratos de prestação de serviço que, apesar de formalmente ostentarem como objeto a prestação de serviços, visam tão somente ao fornecimento de mão de obra, figurando como mero artifício fraudulento à configuração do emprego, nos termos do artigo 9º da CLT.

São características muito comuns da prática de “pejotização”, indiciárias da presença de fraude contratual: a) todo o equipamento e instrumentos, inclusive sistemas e bancos de dados, utilizados pelos profissionais pertencem à contratante; b) a receita obtida com a atividade econômica cabe à contratante; c) os custos da atividade igualmente são suportados pela contratante; d) os profissionais contratados como pessoa jurídica fornecem apenas mão de obra, recebendo remuneração fixa mensal, por horas trabalhadas.

Resta claro, portanto, que as alterações normativas inseridas na Lei 6.019/74, em especial o artigo 4º-A, não autorizam, mas, ao contrário, vedam o expediente da “pejotização”. Ademais, a interpretação de tal dispositivo legal como legitimador da prática de “pejotização” viria de encontro às normas constitucionais e internacionais de proteção ao trabalho.

2. Controle de convencionalidade

Conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os tratados internacionais de direitos humanos -, como é o caso das normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) -, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, §3º, da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com status supralegal. Desse modo, as normas legais, como o artigo 4º-A da Lei 6.019/74, devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, pois estas possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.

Segundo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos humanos possuem quatro funções fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação¹⁰⁷.

Todos os agentes estatais estão adstritos ao dever de proteção perante terceiros dos direitos humanos, o qual enseja o dever do Poder Legislativo de não produzir normas contrárias a tais direitos e, caso isso ocorra, o dever do Poder Judiciário de fazer sucumbir a norma violadora por meio do controle de constitucionalidade e do controle de conven-

107 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-410.

cionalidade. Com efeito, o agente estatal encontra-se juridicamente impedido de atuar de forma a afrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo vedado ao legislador produzir norma contrária a esse último e proibido ao julgador dar cumprimento à norma violadora desse mesmo Direito, ainda que aprovada segundo os trâmites do processo legislativo nacional¹⁰⁸.

Desse modo, o Poder Judiciário nacional, inclusive os juízes de primeira instância, tem a obrigação jurídica de realizar o controle de convencionalidade das leis internas *ex officio*, por serem agentes estatais vinculados às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Devem os magistrados, portanto, deixar de aplicar as normas internas que contraponham esse último. Essa obrigação jurídica decorre do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU; artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da OEA; e artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, da OEA). Tal entendimento, inclusive, já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 89, de 1998¹⁰⁹.

Destarte, o Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade do artigo 4º-A da Lei 6.019/74, introduzido pela Lei 13.429/2017 e alterado pela Lei 13.467/2017, conferindo-lhe uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser excluída qualquer interpretação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 como autorizador da prática de “pejotização”.

3. Normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação

A interpretação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 como autorizador da prática de “pejotização” viola o princípio da isonomia, assegurado pelos tratados internacionais de di-

108 Vide Beltramelli Neto. Direitos humanos. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

109 Podem ser citadas, ilustrativamente, a decisão do STF no RE 466.343 (data de julgamento: 03.12.2008), bem como as seguintes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70; Caso Paniagua Morales e outros Vs Guatemala. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C. Nº 37; Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. Nº 171; e Opinião Consultiva OC-14/94, sobre a responsabilidade internacional por promulgação e aplicação de leis violadoras da Convenção (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). In Beltramelli Neto. Direitos humanos. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

reitos humanos ratificados pelo Brasil. A mera constituição formal do trabalhador como uma pessoa jurídica, quando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, não é motivo razoável para justificar a diversidade de tutelas.

O princípio da isonomia, **já** longamente explanado na sessão relativa à terceirização, novamente se apresenta no âmbito da Pejotização. Ocorre que as lições desenvolvidas pioneiramente pelo jurista alemão Leibholz, sobre o princípio geral da justiça e na interdição do arbítrio **são igualmente relevantes ao se tratar do que costumou chamar-se de pejotização**. Para o autor, o princípio cumpre uma função fundamental, como forma de realização da democracia, devendo presidir a atuação do Estado em todos os níveis, limitando, inclusive, a discricionariedade do legislador: “os direitos fundamentais, nos quais se inclui o princípio da isonomia, precedem o momento legislativo, pelo que a atuação legislativa deveria, consequentemente, conformar-se com o sentido de tal princípio”¹¹⁰.

O legislador não pode, assim, tratar aquilo que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, o que pode e deve ser averiguado em sede de controle de convencionalidade das leis, o qual, na maioria dos países democráticos, como o Brasil e a Alemanha, é da competência do Poder Judiciário.

Pelo exposto acima, podemos concluir que o princípio da isonomia consiste na proibição do arbítrio, o que significa que deve haver uma razão objetiva, razoável, para que se proceda à diferenciação. Essa proibição se dirige a todos os níveis da atuação estatal, inclusive ao legislador. Aplicando esse raciocínio ao presente caso, temos que não existe uma razão suficiente, dotada de razoabilidade, para suprimir os direitos e garantias trabalhistas pelo simples fato de o trabalhador ter se constituído formalmente como uma pessoa jurídica em fraude à relação de emprego.

A contratação de um trabalhador constituído formalmente como uma pessoa jurídica, quando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, não é motivo razoável para justificar a supressão dos direitos e garantias assegurados aos empregados. A razão de ser das tutelas trabalhistas reside não em uma mera formalidade contratual, mas sim na hipossuficiência do obreiro, a qual se faz presente no caso de um verdadeiro empregado constituído e contratado formalmente como pessoa jurídica. Desse modo, a diferença de tratamento, sem uma razão suficiente para justificá-la, consiste em verdadeiro arbítrio, com conseqüente violação ao princípio da isonomia. Esse princípio – que é

110 “O critério que em última instância permite determinar o que é ou não é arbitrário (isto é, ‘justo’), não pode ser fixado à partida, vivendo no campo do mutável historicamente e sendo ditado pela consciência jurídica de cada época (...) a justiça, como outros valores, está indissoluvelmente ligado à própria vida social (...) encontrando-se em perpétua evolução”. DRAY, Guilherme Machado. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999. p. 78 e 80.

assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – deve necessariamente ser respeitado pelo legislador.

Nesse sentido, ao pretender excluir os direitos e garantias trabalhistas assegurados aos empregados em virtude da mera constituição e contratação formal do trabalhador como pessoa jurídica, o legislador viola o princípio da isonomia, o que configura verdadeira discriminação, a qual é vedada expressamente pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Cumpre notar que essas normas internacionais trazem uma noção ampla de discriminação, a qual não se limita apenas aos fatores expressamente mencionados, mas abrange quaisquer outras formas de discriminação.

A discriminação consiste, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, em uma “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”¹¹¹.

Ao se pretender excluir a aplicação dos direitos e garantias trabalhistas no caso de um verdadeiro empregado constituído e contratado formalmente como pessoa jurídica, sem um motivo suficiente para justificá-lo, está-se diante de verdadeira discriminação. De fato, a razão de ser das normas laborais **não é a formalização do vínculo empregatício, mas sim a hipossuficiência do** trabalhador. Esta se faz presente tanto no caso dos empregados formais, quanto na hipótese de um verdadeiro empregado constituído e contratado formalmente como pessoa jurídica, razão pela qual a diferença de tratamento entre eles não se justifica, configurando verdadeira discriminação.

Desse modo, ao pretender excluir o empregado constituído e contratado formalmente como pessoa jurídica da aplicação dos direitos e garantias trabalhistas, o artigo 4º-A da Lei 6.019/74, introduzido pela Lei 13.429/2017 e alterado pela Lei 13.467/2017, **viola o direito à igualdade formal e material previsto nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, fomentando a discriminação por situação econômica.**

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), prevê o seguinte:

“Artigo 2º. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.** Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um terri-

111 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 902.

tório independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania”.

“Artigo 7º. Todos são **iguais perante a lei** e têm direito, **sem qualquer distinção**, a **igual proteção da lei**. Todos têm direito a **igual proteção contra qualquer discriminação** que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

“Artigo 23. §1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a **condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego**. §2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem **direito a igual remuneração por igual trabalho**. §3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma **remuneração justa e satisfatória**, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”. (sem destaques no original)

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, 1991, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 1992, dispõe o seguinte:

“Artigo 26. Todas as pessoas são **iguais perante a lei** e têm direito, **sem discriminação alguma**, a **igual proteção da Lei**. A este respeito, a lei deverá proibir **qualquer forma de discriminação** e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento **ou qualquer outra situação**”. (sem destaques no original)

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, 1991, e promulgado pelo Decreto n. 591, de 1992, por sua vez, prevê o seguinte:

“Artigo 2º (...) 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento **ou qualquer outra situação**”.

“Artigo 5º. 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indi-

víduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo **destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas**”.

“Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de **condições de trabalho justas e favoráveis**, que assegurem especialmente:

a) **Uma remuneração que proporcione, no mínimo**, a todos os trabalhadores:

i) Um **salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor**, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

ii) Uma **existência decente** para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) **A segurança e a higiene no trabalho**;

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, **a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas**, assim como a remuneração dos feriadados.” (sem destaques no original)

A Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (“Declaração de Filadélfia”), de 1944, anexada à Constituição da OIT, dispõe o seguinte:

“I. A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

a) o trabalho não é uma mercadoria;

(...)

II. A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura,

deve assentar sobre a justiça social, afirma que:

a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o **direito de assegurar o bem-estar material** e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da **tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;**

b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional;

c) **quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal;**

(...)

III. A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem:

a) proporcionar **emprego integral** para todos e **elevar os níveis de vida;**

b) dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral;

(...);

d) adotar **normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso** e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital;

(...)

j) assegurar as **mesmas oportunidades** para todos em **matéria educativa e profissional**" (sem destaques no original).

A Constituição da OIT, portanto, proíbe expressamente que o trabalho seja tratado como mercadoria: “labour is not a commodity” (art. 1º, “a”, da Declaração de Filadélfia, de 1944, incorporada à Constituição da OIT)¹¹².

Do ponto de vista filosófico, embora diversos autores de renome, como Hegel, tenham tratado da dignidade da pessoa humana¹¹³, destaca-se, para o tema do trabalho, o pensamento de Kant. Para esse filósofo alemão, os seres racionais estão submetidos a um imperativo categórico que determina que “cada um deles *já* deve tratar a si mesmo e a todos os outros *como meros meios*, mas sempre *ao mesmo tempo como fim em si mesmo*”¹¹⁴. Nesse sentido, prossegue o autor:

“O homem, porém, não é uma coisa, por conseguinte não é algo que possa ser tomado como *mero* meio, mas, em todas as suas ações, tem de ser considerado sempre como fim em si mesmo. (...). No reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades humanas em geral tem um *preço de mercado*; o que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é um comprazimento com o mero jogo sem visar fins das forças de nosso ânimo, *preço afetivo*; mas o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, mas um valor intrínseco, isto é, *dignidade*”¹¹⁵.

Desse modo, a dignidade inerente ao ser humano impede que ele seja utilizado como mero instrumento, como meio para a consecução de um fim. O homem é fim em si mesmo, não se admitindo em hipótese alguma a sua “coisificação”.

Considerando que a dignidade da pessoa humana foi consagrada pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a ordem jurídica pátria veda a

112 OIT. ILO Constitution. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:6135403041771296:NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

113 Cf. SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 105-118.

114 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 259 e 261.

115 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. p. 245 e 265.

coisificação do ser humano e a utilização do trabalho como mercadoria, isto é, a prática de *marchandage*.

A exclusão da aplicação das tutelas trabalhistas, pelo simples fato de o trabalhador ter se constituído e sido contratado formalmente como pessoa jurídica, quando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, por possibilitar que o homem seja tratado como mero artigo de comércio, sendo livremente negociado, a exemplo das coisas e dos animais, viola frontalmente a sua dignidade, sendo, portanto, vedada pelos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O homem tem *dignidade*, e não um *preço*, nas palavras de Kant, devendo assim ser tratado pela ordem jurídica.

A dignidade é, portanto, qualidade intrínseca do ser humano, dotada dos atributos da irrenunciabilidade e da inalienabilidade, de modo que o seu respeito e a sua tutela são deveres do Estado e da sociedade. Cabe ao Estado, inclusive ao Poder Judiciário, a proteção e a manutenção da condição de dignidade do homem.

Ao consagrarem a dignidade, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil trazem o ser humano como finalidade precípua da atividade estatal e centro convergente de direitos. Esse entendimento deve orientar as relações de trabalho e o seu respectivo ramo jurídico: o Direito do Trabalho.

O trabalho não é apenas fonte de subsistência, mas meio por excelência de realização pessoal e de integração comunitária, social e política, o que somente ocorre quando é exercido com dignidade. Desse modo, ao assegurar o direito ao trabalho, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil estão se referindo, necessariamente, ao trabalho digno, excluindo todas as formas de degradação e coisificação do ser humano e, portanto, a exclusão das tutelas trabalhistas no caso de verdadeiro empregado constituído e contratado formalmente como pessoa jurídica.

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, por sua vez, prevê o seguinte:

“A Conferência Internacional do Trabalho,

1. Lembra:

a) que no momento de incorporar-se livremente à OIT, **todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia**, e se comprometeram a esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização na medida de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas;

b) que esses princípios e direitos têm sido expressados e desenvolvidos sob a forma de direitos e obrigações específicos em convenções

que foram reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização.

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do 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, isto é:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) **a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.**

3. Reconhece a obrigação da Organização de ajudar a seus Membros, em resposta às necessidades que tenham sido estabelecidas e expressadas, a **alcançar esses objetivos fazendo pleno uso de seus recursos constitucionais**, de funcionamento e orçamentários (...)” (sem destaques no original)

A Convenção n. 111, que é uma das Convenções fundamentais da OIT e trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 1964, e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 1968. Essa Convenção prevê o seguinte:

“Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) **qualquer outra distinção**, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a **igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão** que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as orga-

nizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Art. 2 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma **política nacional** que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a **igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.**

Art. 3 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais:

(...)

c) **revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;**” (sem destaques no original)

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1948 dispõe o seguinte:

“Artigo II. Todas as pessoas são **iguais perante a lei** e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, **ou qualquer outra.**

Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao **trabalho em condições dignas** e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma **remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.**” (sem destaques no original)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (“Pacto de São José da Costa Rica”), da OEA, promulgada pelo Decreto n. 678, de 1992, também traz os seguintes dispositivos:

“Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por

motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, **posição econômica**, nascimento **ou qualquer outra condição social**”.

“Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são **iguais perante a lei**. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a **igual proteção da lei**”. (sem destaques no original)

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), de 1988, da OEA, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 56, de 1995, e promulgado pelo Decreto n. 3.321, de 1999, também prevê o seguinte:

“Artigo 3. Obrigação de não discriminação. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, **posição econômica**, nascimento ou **qualquer outra condição social**.

Artigo 4. Não-admissão de restrições. Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado **em virtude de sua legislação interna** ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Artigo 5. Alcance das restrições e limitações. Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante **leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral** dentro de uma sociedade democrática, na medida em que **não contrariem o propósito e razão dos mesmos**.

Artigo 7. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que **o direito ao trabalho**, a que se refere o artigo anterior, **pressupõe** que toda pessoa goze do mesmo em **condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações**, de maneira particular:

a. **Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;**

b. (...);

c. O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;

d. Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional;

e. **Segurança e higiene no trabalho;**

f. (...)

g. **Limitação razoável das horas de trabalho**, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h. Repouso, gozo do tempo livre, **férias remuneradas**, bem como remuneração nos feriados nacionais". (sem destaques no original)

Desse modo, ao pretender excluir da aplicação dos direitos e garantias trabalhistas o verdadeiro empregado constituído e contratado formalmente como pessoa jurídica, o artigo 4º-A da Lei 6.019/74, introduzido pela Lei 13.429/2017 e alterado pela Lei 13.467/2017, viola o princípio da isonomia e da não discriminação consagrado nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

4. Normas internacionais sobre saúde e segurança no trabalho

A constituição e contratação formal de um verdadeiro empregado como pessoa jurídica conduz a que seja excluído da aplicação das normas de saúde e segurança no trabalho, as quais são imprescindíveis para a evitar a ocorrência de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais, o que viola a Convenção 155 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 1994. Por meio dessa Convenção, o Brasil se comprometeu a implementar uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, com o objetivo de prevenir os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais, reduzindo ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. Confira-se:

"Art. 4. 1. **Todo Membro deverá**, em consulta com as organizações

mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, **pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.** 2. **Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.**” (sem destaques no original)

Segundo a Convenção 155 da OIT, essa política, fundada no princípio de permanente cooperação entre empregador e empregados (art. 20), exige do país ações normativas que pressuponham uma relação de pessoalidade entre o empregado e a empresa titular do ambiente de trabalho e a presença minimamente estável nesse ambiente, especialmente nas atividades industriais.

São exemplos dessas ações:

- a) adaptação da maquinaria, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores (art. 5.b)¹¹⁶;
- b) habilitação dos trabalhadores ou seus representantes na empresa para examinar todos os aspectos da segurança e a saúde relacionados com seu trabalho, devendo ser consultados nesse sentido pelo empregador etc. (art. 19.e)¹¹⁷;
- c) proteção contra medida disciplinar injustificada do trabalhador que julgar necessário interromper situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que envolve perigo iminente e grave a sua vida ou saúde, não podendo o empregador exigir retorno ao

116 “5. A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho: (...) b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.”

117 “19. Deverão ser adotadas disposições, em nível de empresa, em virtude das quais: (...) e) os trabalhadores ou seus representantes e, quando for o caso, suas organizações representativas na empresa estejam habilitados, de conformidade com a legislação e a prática nacionais, para examinarem todos os aspectos da segurança e da saúde relacionados com seu trabalho, e sejam consultados nesse sentido pelo empregador. Com essa finalidade, e em comum acordo, poder-se-á recorrer a conselheiros técnicos alheios à empresa”

trabalho enquanto não houver tomado medidas corretivas (arts. 13 e 19.f) ¹¹⁸.

O implemento de política dessa natureza e intensidade em um cenário de constituição e contratação formal de verdadeiro empregado como pessoa jurídica é ineficaz. Inexistindo a formalização do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador do serviço, titular do ambiente de trabalho, a recusa do obreiro em trabalhar sob iminente perigo à vida e saúde não possui real eficácia protetiva, mas apenas o submete a situação de absoluta fragilidade relacional na defesa de sua saúde e segurança. Ademais, o tomador de seus serviços, pela simples ausência de formalização do vínculo empregatício, não observará as normas de saúde e segurança no trabalho, as quais são imprescindíveis para a evitar a ocorrência de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais.

Todo o exposto demonstra que a constituição e contratação formal de verdadeiro empregado como pessoa jurídica viola as normas internacionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

5. Normas internacionais sobre liberdade sindical e negociação coletiva

A vedação da interpretação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 como autorizador da prática de “pejotização” justifica-se também pelos efeitos danosos causados no plano coletivo. O trabalhador “pejotizado” não integra formalmente a categoria profissional vinculada ao tomador de seus serviços, **o que induz a grave déficit de efetividade do direito fundamental a liberdade sindical e a mecanismos de conquista coletiva de melhoria de condição social do trabalhador, como a negociação coletiva e a greve.** A mera possibilidade de substituição pelas empresas dos empregados por trabalhadores “pejotizados” já constitui ameaça permanente de desemprego ou de precarização do trabalho, fator de enfraquecimento do poder de organização coletiva e de reivindicação sindical.

A substituição de empregados por trabalhadores “pejotizados” desestrutura e enfraquece os sindicatos e as demais formas de organização coletiva dos trabalhadores, o que gera um rebaixamento nas condições de trabalho. Isso porque os sindicatos exercem um papel de extrema relevância, não apenas na conquista de novos direitos trabalhistas, mas também na garantia do efetivo cumprimento dos direitos previstos nas leis e nas normas coletivas. O exemplo dos países desenvolvidos demonstra que não há verdadeira democracia, nem real desenvolvimento socioeconômico, sem sindicatos fortes e atuantes.

118 “13. De conformidade com a prática e as condições nacionais, deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.”

A interpretação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 como autorizador da prática de “pejotização” viola, portanto, o disposto na Convenção 98 da OIT, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 49, de 1952, e promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 1953. Trata-se de uma das convenções fundamentais da OIT, relativa ao direito de organização e negociação coletiva, que prevê o seguinte:

“Artigo 1º

1 - Os trabalhadores deverão gozar de **proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical** em matéria de emprego.

(...)

Artigo 4º

Deverão ser tomadas, se necessário for, **medidas apropriadas** às condições nacionais **para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego**”.

6. Normas internacionais relativas ao regime de emprego socialmente protegido

As normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho consagram o regime de emprego socialmente protegido, centrado no contrato de emprego por prazo indeterminado, por meio do qual podem ser efetivamente exercidos os direitos assegurados ao trabalhador¹¹⁹.

Com efeito, o contrato de emprego tem demonstrado ser historicamente a mais objetiva, direta e eficiente maneira de propiciar igualdade de oportunidades, de obtenção de renda, de afirmação pessoal e de bem-estar para a grande maioria das populações na sociedade capitalista. O exemplo dos países desenvolvidos é bastante ilustrativo: por meio da relação de emprego, é possível garantir poder a quem originalmente é destituído de riqueza, consistindo em fórmula eficaz de distribuição de renda e de poder na desigual sociedade capitalista¹²⁰.

119 Vide, a propósito, a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5735 ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face das alterações introduzidas pela Lei 13.429, de 2017, na Lei 6019/74.

120 Vide DELGADO, Mauricio Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no

A importância fundamental do emprego para o desenvolvimento econômico e a maior igualdade e justiça social pode ser demonstrada estatisticamente. Conforme nos revelam dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), os países mais desenvolvidos econômica e socialmente do mundo são aqueles que possuem o maior percentual da população economicamente ativa (PEA) na condição de “empregados” e menor percentual nas categorias “empregadores e trabalhadores autônomos” e “trabalhadores familiares não remunerados”. Basta confrontar, por exemplo, no que tange ao percentual de empregados na composição da PEA, os números da Noruega (92,5%), Suécia (90,4%), Dinamarca (91,2%), Alemanha (88,6%), Países-Baixos (88,9%) e Reino Unido (87,2%), com aqueles presentes na Grécia (60,2%), Turquia (50,9%), Tailândia (40,5%), Bangladesh (12,6%) e Etiópia (8,2%)¹²¹.

No mesmo sentido é a conclusão do estudo publicado pelo Global Entrepreneurship Monitor (GEM) em 2015, o qual foi realizado a partir de dados coletados entre 2012 e 2014 em cinco regiões do mundo: África Sub-Saariana, Oriente Médio e Norte da África, Sul e Sudeste da Ásia, América Latina e Caribe e países da Europa. Esse estudo demonstra que nos países periféricos, isto é, com economias pouco competitivas, ainda regidas pela produção de bens básicos e commodities, baixa qualificação profissional e baixos salários, há maior “empreendedorismo” entre os jovens (52%). Nos países desenvolvidos, por sua vez, com economias mais estáveis, alta tecnologia, bons salários e indicadores de eficiência e inovação, os jovens optam invariavelmente pelo contrato de emprego, isto é, por serem contratados por uma empresa na qual possam desenvolver uma carreira profissional. Com efeito, apenas 19% dos jovens europeus pensam em abrir um negócio próprio e somente 8% estão engajados em alguma atividade empreendedora¹²².

Desse modo, em consonância com o regime de emprego socialmente protegido, preconizado pelas normas internacionais de proteção ao trabalho, o artigo 4º-A da Lei 6.019/74 não pode ser interpretado como autorizador da prática de “pejetização”.

Nesse sentido, por meio da Recomendação 198, de 31 de maio de 2006, a OIT propõe, no âmbito das políticas nacionais, que os Estados-membros definam em suas leis e regulamentos “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, com destaque para as seguintes características fáticas que integram conteúdo histórico da relação de emprego (item 4): **a) o trabalho deve ser realizado envolvendo integração do trabalhador na organização da empresa (item 13.a); b) o trabalho deve ser realizado pes-**

capitalismo contemporâneo. O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.

121 OIT. La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95a Reunión. Ginebra: OIT, 2006. p. 80-88.

122 Disponível em <<http://www.abrhbrasil.org.br/cms/materias/noticias/jovens-de-paises-menos-desenvolvidos-sao-mais-empreendedores-segundo-estudo/>> Acesso em 05 set. 2017.

soalmente pelo trabalhador (13.a); e c) o trabalho deve ter duração particular e certa continuidade no tempo (13.a).

A OIT realizou vários estudos comparados, em mais de sessenta países-membros, considerando as respectivas legislação e jurisprudência. Tais estudos confirmaram a importância da noção de relação de emprego, sobre a qual repousa substancialmente o sistema de proteção do Direito do Trabalho¹²³.

Essa manifestação exortativa da OIT sintetiza pretensão de consenso entre os Estados-membros acerca de elementos fundamentais da relação de emprego: integração do trabalhador na organização da empresa, pessoalidade da prestação do trabalho e pretensão de máxima continuidade do vínculo de emprego, como atributos que conferem conteúdo protetivo ao vínculo de trabalho. Tais elementos, no entanto, são flagrantemente negados pela interpretação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 como autorizador da prática de “pejotização”, o que descumprir princípios constitutivos da Organização Internacional do Trabalho, de que participa o Brasil. Tal interpretação, em verdade, permitiria se tratar o trabalho como se mera mercadoria fosse, em violação à própria Constituição da OIT, que proíbe expressamente que o trabalho seja tratado como artigo de comércio: “labour is not a commodity” (art. 1º, “a”, da Declaração de Filadélfia, de 1944, incorporada à Constituição da OIT)¹²⁴.

A interpretação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 como autorizador da prática de “pejotização” viola, portanto, o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, que consagram o regime de emprego socialmente protegido, centrado no contrato de trabalho por prazo indeterminado.

7. As normas do Código Civil

Cumprir invocar também as normas do Código Civil relativas à simulação, as quais se aplicam subsidiariamente ao Direito do Trabalho por força do artigo 8º, parágrafo único, da CLT. Nesse sentido, o artigo 167 do Código Civil prevê o seguinte:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

(...)

123 Vide OIT. La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006.

124 OIT. ILO Constitution. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:6135403041771296:NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”;

Ora, se um contrato de prestação de serviços firmado com um trabalhador constituído formalmente como uma pessoa jurídica encobre uma verdadeira relação de emprego, trata-se de um negócio jurídico simulado, pois contém declarações e cláusulas que não correspondem à realidade. **Nesse caso, declara-se a nulidade do contrato simulado, subsistindo o pacto dissimulado, isto é, o contrato de emprego.**

8. A aplicação do princípio da primazia da realidade

Trata-se, em verdade, da aplicação do princípio da primazia da realidade, basilar ao Direito do Trabalho e consagrado, na ordem jurídica brasileira, notadamente pelo artigo 9º (“Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”) e pelo artigo 442, *caput* (“Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, *correspondente à relação de emprego*”), ambos da CLT.

Segundo o princípio da primazia da realidade, na análise de uma relação de trabalho, deve-se dar maior importância aos fatos do que à forma; a essência se sobrepõe à aparência¹²⁵. Esse princípio – que, nas palavras da OIT, goza de “vigência universal”¹²⁶ – em alguns países é previsto expressamente pela lei e em outros foi consagrado pela jurisprudência¹²⁷.

Assim, aplicando-se o princípio em tela, a análise acerca da existência da relação de emprego não deve se limitar ao nome ou à forma atribuídos à relação (*v.g.*, contrato de prestação de serviços, de empreitada, de sociedade, de estágio, de franquia, cooperativa), pois que muitas vezes a intenção é exatamente tentar afastar a incidência do Direito do Trabalho. Deve-se, ao contrário, investigar a concreta relação desenvolvida entre as partes para

125 Vide RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3a ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 339 e 341 e DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 61.

126 OIT. *La relación de trabajo*. p. 24. A OIT defende expressamente a aplicação do princípio da primazia da realidade, que pode ser muito útil em situações nas quais a qualificação da relação de trabalho é duvidosa, seja em razão de uma ambiguidade objetiva, seja em virtude do seu “encobrimento” intencional. p. 57-58.

127 Na Inglaterra, por exemplo, o princípio em tela foi construído pela jurisprudência e, atualmente, a proibição de simulações tendentes a fraudar a legislação trabalhista encontra-se no art. 203 do “Employment Rights Act”, de 1996. HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 23.

averiguar a existência da relação de emprego. Como observado por Homero Batista Mateus da Silva, ao comentar o artigo 5º-C da Lei 6.019/74:

“Criou-se aqui uma espécie de presunção absoluta de fraude à legislação trabalhista: se o trabalhador for recontratado como pessoa jurídica em menos de 18 meses, a solução mais adequada para a interpretação desse dispositivo não é outra senão a declaração da relação de emprego entre ele e a suposta tomadora de serviços. Mas isso não significa que toda pejotização pós-18 meses seja lícita ou genuína. Poderá também envolver fraude e desaguar em declaração de vínculo de emprego, se preenchidos os requisitos da pessoalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade, que compõem a essência do direito do trabalho.”¹²⁸.

Como observado pelo professor japonês YUICHIRO MIZUMACHI “o Direito do Trabalho nasceu em oposição ao formalismo do Direito Civil. Se hoje, mais uma vez, cresce a diferença entre o formal e o real, é preciso que ele encontre novas formas de agir. O Direito do Trabalho é a língua que descreve a realidade social, mas também a força que a corrige”¹²⁹. Assim, toda vez que um trabalhador resulta ser, de fato, um empregado, como tal deve ser qualificado, com a consequente aplicação das normas trabalhistas, não importando que ele tenha se constituído e sido formalmente contratado como pessoa jurídica -, a exemplo do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 -, pois o “nomen iuris” atribuído ao contrato em nada releva para a sua qualificação. A distinção entre subordinação e autonomia deve se fundar em critérios objetivos, fáticos, e não na forma contratual adotada¹³⁰.

Essa ressalva, deve ser novamente reiterada, sobretudo em razão do artigo 4º-A da Lei 6.019/74. Esse dispositivo legal, em verdade, pretende retomar o formalismo vigente na época anterior à criação do Direito do Trabalho, ao valorizar a “declaração de vontade das partes” (leia-se: do empregador) para impedir a configuração da relação de emprego. O interessante é que se trata de um regresso ao formalismo do Direito Civil clássico, pois até mesmo esse ramo jurídico, na atualidade, vem desconsiderando a forma em favor dos fatos, como demonstra claramente o Direito do Consumidor¹³¹.

128 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 191.

129 Citado em VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, n. 73, p. 29-38, jan./jun. 2006. p. 34.

130 “A qualificação inicial do pacto ou mesmo a sua inicial execução como contrato de prestação de serviços autônomos cedem diante da sucessão de fatos ulteriores (...) Por aí, não só se reconhece o pouco valor da forma inicial da prestação de serviços, como a nenhuma significação do nomen iuris que as partes dão ao ajuste”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. p. 234.

131 “Não se pode olvidar, ademais, que o próprio direito civil, hoje constitucionalizado, já é sensível

O entendimento contrário levaria a se deixar ao livre arbítrio das partes – ou melhor, do empregador – a aplicação dos direitos e garantias trabalhistas, tornando letra morta a obrigatoriedade inerente, o que é inadmissível.

A configuração de vínculo de emprego surge do reconhecimento judicial de fraude contra o regime jurídico-trabalhista. Nesse sentido, são as lições de Jorge Luiz Souto Maior:

“Ora, se houvesse algum modo juridicamente válido para que, de forma generalizada, um autêntico empregado não fosse considerado empregado, essa fórmula serviria a todas as pessoas, o que implicaria dizer que não existiria a relação de emprego. O problema é que no Brasil muitos acham que podem ser mais “espertos” que os outros. Enquanto seu concorrente contrata empregados e os registra, o “esperto” acha que pode – só ele, o concorrente não – admitir trabalhadores para executar os mesmos serviços, mas, por conta de uma mágica qualquer, não os considerar seus empregados e, conseqüentemente, não suportar os custos decorrentes da aplicação do Direito do Trabalho. Claro que isso só pode ser uma doce ilusão, que, ao final, fica bastante amarga”¹³².

Ressalta-se que a própria OIT, por meio da citada Recomendação n. 198, de 2006, sobre a relação de trabalho, prevê que devem ser levados em conta, primordialmente, os fatos relativos à execução do trabalho, consagrando, assim, o **princípio da primazia da realidade** (art. 9º). Os países-membros deveriam admitir uma ampla variedade de meios para determinar a existência da relação de emprego (certamente para facilitar o ônus probatório) e consagrar uma presunção legal da sua existência quando se verificarem um ou mais

aos desvios que a perspectiva individualista e excessivamente privatística podem conduzir, tendo incorporado perspectivas diversas ao longo de sua trajetória, no sentido de tutelar diferencialmente relações em que há assimetria entre as partes, buscando a igualdade substancial, entendendo limitada a própria autonomia da vontade (autonomia da vontade limitada e autonomia privada regrada), outrora considerada absoluta, bem como relendo seis institutos a partir dos postulados da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva, da solidariedade social, da função social da propriedade, dos contratos, e da empresa. (...). Assim é que a Constituição de 1988 e as releituras constitucionais do Código Civil, analisadas sistematicamente em relação ao direito do trabalho, não poderiam coadunar com o retrocesso desse ramo do direito em direção a origens patrimonialistas e individualistas remotas”. FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; DUTRA, Renata Queiroz. Contrato de locação de serviços, contrato de prestação de serviços e contrato de trabalho. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. coord. Gustavo Tepedino, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana Fração Gabriela Neves Delgado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 243 e 245.

132 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego. v. II. São Paulo: LTr, 2008. p. 47-48.

indícios (art. 11). Estes seriam indicadores da presença, no caso concreto, dos pressupostos dessa relação.

Nesse sentido, são elencados alguns indícios que poderiam cumprir essa missão, os quais, em nossa opinião, mesmo que não estejam previstos expressamente em lei, podem ser utilizados pela jurisprudência na interpretação e aplicação dos pressupostos da relação de emprego ao caso concreto.

Entre tais indícios é mencionado o fato de a remuneração constituir “a única ou a principal fonte de renda do trabalhador” e de a prestação laborativa ser efetuada “única ou principalmente em benefício de outra pessoa”. Outros critérios elencados são a “integração do trabalhador na organização da empresa”, o que aponta para a ideia de subordinação objetiva, e a ausência da assunção de “riscos financeiros” pelo trabalhador. **Desse modo, o fato de o trabalhador “pejotizado” prestar os seus serviços com exclusividade e de forma contínua para um determinado tomador de serviços pode ser tido como indício da existência de verdadeira relação de emprego.**

A interpretação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 como autorizador da prática de “pejotização” pretende, em verdade, a substituição do princípio da primazia da realidade pelo da autonomia da vontade. Fundamenta-se, assim, em uma premissa falsa, isto é, que a situação concreta de desigualdade entre as partes do contrato de trabalho, antes vigente, não mais existe, vigorando, na atualidade, uma suposta paridade entre o trabalhador e o patrão. Ora, estaríamos muito felizes se essa desigualdade tivesse sido eliminada, mas bem sabemos que ela persiste no mundo atual, em alguns aspectos até mesmo de forma mais acentuada do que no passado, o que justifica plenamente a aplicação do Direito do Trabalho e de todos os seus princípios.

Como observa Mauricio Godinho Delgado, a função central, primordial, do Direito do Trabalho é garantir a “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica”¹³³. É óbvio que o objetivo ideal é buscar a maior proximidade das condições econômicas e de poder do empregado em relação ao empregador. Todavia, como dito, é um ideal, que deve ser constantemente buscado, mas que ainda está longe de ser concretizado, não podendo, assim, ser tomado como uma premissa, como um dado da realidade.

133 “O ramo justralhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe. Este valor – e a consequente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado – consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Sem tal valor e sem tal direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea”. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. p. 58.

Caso fosse baseado na autonomia da vontade, o Direito do Trabalho se desnaturaria, deixaria de existir, seria mero segmento do Direito Civil.

9. Conclusão

O artigo 4º-A da Lei 6.019/74, acrescido pela Lei 13.429/2017, com a alteração promovida em seu *caput* pela Lei 13.467/2017, deve ser interpretado de forma sistemática, isto é, em conjunto com as demais normas introduzidas na Lei 6.019/74, bem como com os dispositivos da CLT, entre os quais os artigos 2º, 3º e 9º. Nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, há relação de emprego quando o trabalhador presta serviços com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. No caso do contrato de prestação de serviços previsto no artigo 4º-A da Lei 6.019/74, é necessário verificar se na relação estabelecida entre o trabalhador “pejotizado” e o contratante estão presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em especial a subordinação. Caso estes se façam presentes, por força do artigo 9º da CLT, deve ser declarada a nulidade do contrato, com o consequente reconhecimento de vínculo empregatício do trabalhador com o seu contratante.

Essa interpretação se encontra em plena conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial as normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação, à saúde e segurança no trabalho, à liberdade sindical e à negociação coletiva e ao regime de emprego socialmente protegido.

Ademais, a interpretação ora defendida respalda-se nas normas do Código Civil relativas à simulação, as quais se aplicam subsidiariamente ao Direito do Trabalho por força do artigo 8º, parágrafo único, da CLT.

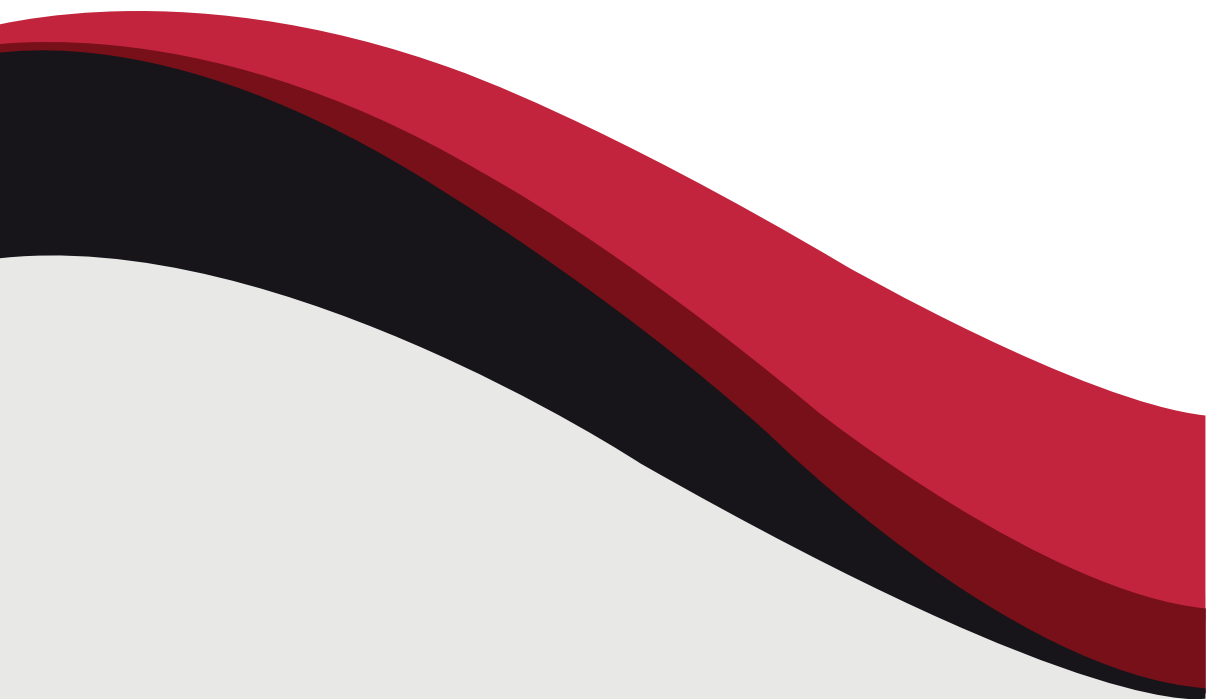
Os tratados internacionais de direitos humanos, como as normas produzidas no âmbito da OIT, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, §3º, da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal, conforme o entendimento firmado pelo STF. Desse modo, as normas legais -, como o artigo 4º-A da Lei 6.019/74, introduzido pela Lei 13.429/2017 e alterado pela Lei 13.467/2017 -, devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, que possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.

Assim, como já mencionado, o Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade do referido dispositivo legal, conferindo-lhe uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser excluída qualquer interpretação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 como autorizador da prática de “pejotização”.

TEMA 5:

A prevalência do negociado sobre o legislado



A Lei n. 13.467 de 2017 veio a alterar profundamente o tratamento legal dado à negociação coletiva na legislação brasileira: tenta-se, agora, tornar possível a prevalência da negociação coletiva sobre a lei, ainda que com o claro objetivo de reduzir direitos. A lista trazida no art. 611-A pretende ser exemplificativa, pois o *caput* já anuncia que aqueles seriam apenas alguns direitos, “*dentre outros*”, a respeito dos quais a convenção ou acordo prevaleceria sobre a lei quando deles tratasse.

Veja-se o que estabelece hoje o referido preceito legal:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a [Lei nº 13.189](#), de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei

ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.”

Além de uma série de questões que podem ser levantadas a partir de cada um dos itens citados no dispositivo, cabe investigar se estaria de acordo com os paradigmas estabelecidos em Convenções da OIT a possibilidade genérica de se reduzir, por meio de acordos ou convenções coletivas, o patamar mínimo de proteção social do trabalho estabelecido por lei.

O conceito de negociação coletiva, definido na Convenção n. 154 da OIT, é detalhado e interpretado em diversos precedentes do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, Extraí-se do repositório de decisões do Comitê, especificamente da seção que se refere aos princípios gerais do direito de negociação coletiva, o seguinte precedente:

“881. O direito de negociar livremente com empregadores a respeito das condições de trabalho constitui um elemento essencial da liberdade de associação, e sindicatos deveriam ter o direito, pela via da

negociação coletiva e outros meios legais, de procurar **melhorar** as condições de vida e de trabalho daqueles que o sindicato representa.”¹³⁴

Portanto, o escopo de se **obter a melhoria das condições de trabalho** está na essência e constituição do direito de negociação coletiva, como não poderia deixar de ser. Afinal, mostra a história: vários direitos hoje tidos como elementares foram sendo arduamente conquistados ao longo do tempo por instrumentos de resistência e negociação entre trabalhadores e empregadores, de modo a avançar em relação ao mínimo de proteção legal do trabalho assegurado pelo Estado.

Outros precedentes do Comitê de Liberdade Sindical também vão de encontro às alterações promovidas pela Lei n. 13.467. O § 2º do art. 611-A, acima reproduzido, pretende levar à conclusão, por sua literalidade, de que a existência de contrapartidas no processo de negociação seria irrelevante, seguindo o intuito do texto que aparenta validar toda e qualquer negociação, ainda que prejudicial aos trabalhadores em relação aos direitos legais. Contudo, veja-se o que já decidiu o Comitê de Liberdade Sindical:

“A negociação coletiva, que implica um processo de concessões mútuas e uma certeza razoável de que se manterão os compromissos negociados, ao menos durante o convênio, já que este é resultado de compromissos contraídos por ambas as partes sobre certas questões, e de certas demandas de negociações deixadas de lado de forma a **obter outros direitos** aos quais se deu maior prioridade pelos sindicatos e seus membros.[...]”¹³⁵

134 Tradução livre do original: “881. The right to bargain freely with employers with respect to conditions of work constitutes an essential element in freedom of association, and trade unions should have the right, through collective bargaining or other lawful means, to seek to improve the living and working conditions of those whom the trade unions represent. The public authorities should refrain from any interference which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof. Any such interference would appear to infringe the principle that workers’ and employers’ organizations should have the right to organize their activities and to formulate their programmes.” “Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf

135 Tradução livre do original em inglês: “941. *Collective bargaining implies both a give-and-take process and a reasonable certainty that negotiated commitments will be honoured, at the very least for the duration of the agreement, such agreement being the result of compromises made by both parties on certain issues, and of certain bargaining demands dropped in order to secure other rights which were given more priority by trade unions and their members. If these rights, for which concessions on other points have been made, can be cancelled unilaterally, there could be neither reasonable expectation of industrial relations stability, nor sufficient reliance on negotiated agreements.*” Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf

O referido precedente reforça o que de fato consiste o procedimento de negociação coletiva para o Comitê de Liberdade Sindical: um processo de concessões mútuas, concessões estas que incidem sobre as demandas de negociação – e não sobre o mínimo assegurado pela lei -, e que são feitas para a obtenção de direitos. Sem contrapartidas, portanto, não há negociação coletiva.

Conclui-se, pois, que o direito a uma negociação coletiva com liberdade e de boa-fé é um direito fundamental dos trabalhadores. Assim, insere-se ao direito de liberdade de associação, que em conjunto devem tornar possível a reivindicação de melhores condições de vida e de trabalho, a partir do mínimo prescrito em lei. Não há negociação coletiva, à luz das Convenções da OIT e dos precedentes do Comitê de Liberdade Sindical, em um procedimento que se resume, de um lado, a ameaças de demissões ou outras sanções e, de outro, à renúncia de direitos mínimos assegurados em lei.

A esse respeito, recorremos outra vez aos precedentes do Comitê de Liberdade Sindical:

“44. Os direitos de organizações de trabalhadores e empregadores somente pode ser exercido em um ambiente livre de violência, pressão ou ameaças de qualquer espécie contra os líderes ou membros dessas organizações, e os governos devem assegurar que esse princípio seja respeitado. [...]

795. Atos de discriminação antissindical não podem ser autorizados sob o pretexto de despedidas baseadas em necessidades econômicas.”¹³⁶

À luz de tais precedentes, tem-se que um ambiente de negociação caracterizado por pressões ou ameaças indevidas sobre os trabalhadores, de forma a obrigá-los a renunciarem a direitos mínimos assegurados por lei, desnaturando o escopo do que seria uma autêntica negociação coletiva, pode mesmo ser caracterizado como uma conduta antissindical.

Isso não significa, por certo, a proibição de negociações de objeto específico para comprovadas situações de crise: a saída, nesses casos, já está na Constituição Federal de 1988: a possibilidade de redução do salário (art. 7º, inciso VI), a compensação da jornada

136 44.The rights of workers’ and employers’ organizations can only be exercised in a climate that is free from violence, pressure or threats of any kind against the leaders and members of these organizations, and it is for governments to ensure that this principle is respected.
[...]

795. Acts of anti-trade union discrimination should not be authorized under the pretext of dismissals based on economic necessity.

(art. 7º, inciso XIII) e a modificação dos parâmetros da jornada reduzida para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, inciso XIV). O que não se pode admitir é que, sob o genérico pretexto de “crise”, as negociações coletivas sirvam como um espaço para se exigir a renúncia a direitos legalmente previstos sob a ameaça de demissões ou outras sanções.

Não bastassem as diretrizes indicadas nos referidos precedentes, qualquer dúvida que pudesse restar quanto à correta compreensão e interpretação que se possa dar ao art. 611-A da CLT fica afastada a partir de documentos específicos produzidos por órgãos da OIT a respeito do caso brasileiro.

Em fevereiro de 2017 foi divulgado o Relatório do Comitê de Peritos da OIT, publicado anualmente com comentários sobre o cumprimento de determinadas Convenções da OIT nos países-membros, sendo que nesta edição foi analisada a aplicação da Convenção n. 98. No documento o Comitê fez comentários sobre a proposta de se estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro a prevalência do negociado sobre o legislado para estabelecer condições inferiores àquelas previstas em lei.

Os comentários do Comitê de Peritos, elaborados em relação a projetos de lei até então em tramitação no Congresso Nacional, mas perfeitamente aplicáveis ao texto literal que restou aprovado com a Lei n. 13.467, não deixam dúvidas sobre a relação entre o que consta da literalidade do art. 611-A da CLT à luz das Convenções n. 98 e 154 da OIT.

O comentário lançado no relatório não poderia ser mais preciso e específico, a saber:

“[...] o Comitê lembra que o objetivo geral das Convenções n. 98, 151 e 154 é de promover a negociação coletiva sob a perspectiva de tratativas de condições de trabalho mais favoráveis que as fixadas em lei [...]”

O relatório também revela que o tema estaria longe de ser novo no âmbito da OIT, sendo uma conclusão a que se chega mesmo à luz da interpretação históricas das Convenções n. 98 e 154. Isso porque, como lançado no relatório, *“o Comitê enfatiza que a definição de negociação coletiva como um processo que pretende **melhorar** a proteção dos trabalhadores garantida em lei foi reconhecida nos trabalhos preparatórios para a Convenção n. 154”*.

Finalmente, o relatório aponta que **medidas que permitam a redução da proteção social do trabalho por meio da negociação da coletiva “seriam contrárias ao objetivo de promover negociação coletiva livre e voluntária, nos termos da Convenção”¹³⁷**.

137 Tradução livre do original em inglês disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/>

Como se não bastasse, durante o processo de tramitação da reforma trabalhista o Ministério Público do Trabalho e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) formularam consultas a respeito do tema ao Departamento de Normas da OIT, órgão central no que se refere à aplicação das Convenções da OIT. A consulta foi respondida nos seguintes termos por Corinne Vargha, Diretora do Departamento de Normas:

“Primeiramente eu gostaria de salientar que a possibilidade de deixar de lado, pela negociação coletiva, previsões legais estabelecendo proteção para os trabalhadores foi recentemente abordada pelo Comitê de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações (CEACR) no seu relatório de 2017, em referência à aplicação pelo Brasil da Convenção sobre Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva, 1949 (n. 98). [...]

A esse respeito, o CEACR enfatizou que, embora previsões legislativas limitadas a respeito de aspectos específicos das condições de trabalho poderiam, em circunstâncias limitadas e por razões específicas, estabelecer que elas poderiam ser deixadas de lado pela negociação coletiva, **a previsão estabelecendo que disposições da lei trabalhista em geral podem ser substituídas pela negociação coletiva seria contrária ao objetivo de promover negociação coletiva livre e voluntária** e portanto confiava que o escopo e conteúdo do Artigo 4 da Convenção n. 98 seria completamente levado em consideração durante o respectivo processo legislativo. À luz das informações apresentadas a respeito dos últimos andamentos do Projeto de Lei, parece que esses comentários permanecem completamente **pertinentes**.¹³⁸

Em sua consulta, o MPT, assim como o fez posteriormente a CUT, alertaram também sobre a possibilidade de Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil terem sua aplicabilidade diminuída por meio da negociação coletiva, a partir do que dispunha a literalidade do então projeto de lei. A resposta, no ponto, foi ainda mais assertiva:

“A respeito da informação apresentada de que o Projeto de Lei enumera alguns direitos que não podem ser negociados sem fazer referência expressa a Convenções da OIT ratificadas, eu noto que, em resposta a uma correspondência da sua organização em 2002, o Escritório havia feito comentários sobre uma proposta similar em um Projeto de Lei anterior. **A esse respeito eu lembro que Estados**

---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_543646.pdf.

138 Departamento de Normas Internacionais da OIT. Documento original em inglês.

membros tem a obrigação de garantir a efetiva aplicação de Convenções da OIT ratificadas não só na legislação mas também na prática e, em consequência, acordos individuais ou coletivos não podem reduzir a proteção estabelecida nas Convenções da OIT em vigor no Brasil.¹³⁹

Portanto, à luz das Convenções n. 98 e 154 da OIT e da interpretação autêntica realizada pelo Comitê de Liberdade Sindical, pelo Comitê de Peritos e pelo Departamento de Normas, conclui-se que o procedimento de negociação coletiva tem por natureza e objetivo promover a melhoria da proteção social do trabalho. Qualquer interpretação de dispositivo de lei no sentido de que seria autorizada a renúncia a direitos fundamentais pelo sindicato de modo a reduzir a proteção social do trabalho para alguém do que estabelece a lei, assim como negociações que, de um modo geral, estabeleçam mera redução de direitos sem contrapartida, estaria em contrariedade ao que dispõem convenções ratificadas pelo Brasil, que, como se sabe, tem status supralegal¹⁴⁰.

Por tais fundamentos e à luz das citadas convenções internacionais, impõe-se interpretar o art. 611-A da CLT, a fim de preservar sua convencionalidade, no sentido de que a “prevalência sobre a lei” referida no *caput* ocorra sempre que se tratar de autêntica negociação coletiva livre e voluntária, à luz das convenções internacionais, ou seja, que sirvam para melhorar a proteção social do trabalho e não para reduzir o patamar mínimo estabelecido em lei.

Do mesmo modo, o § 2º do mesmo artigo não pode ser interpretado de forma diferente, posto que não é a existência ou inexistência de indicação “expressa” de contrapartidas recíprocas em convenção ou acordo que determina ou não sua nulidade. É necessário analisar a essência do negócio e não as contrapartidas “expressas”, pois, consoante disposições do direito civil sobre a interpretação dos negócios jurídicos, “*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*” (art. 112).

Portanto, interpretando o art. 611-A da CLT à luz das convenções ratificadas pelo Brasil, a negociação coletiva em relação aos temas referidos no preceito prevalece sobre a lei quando se tratar de autêntica negociação, isto é, quando servir para robustecer o patamar de proteção social do trabalho para além do mínimo estabelecido em lei.

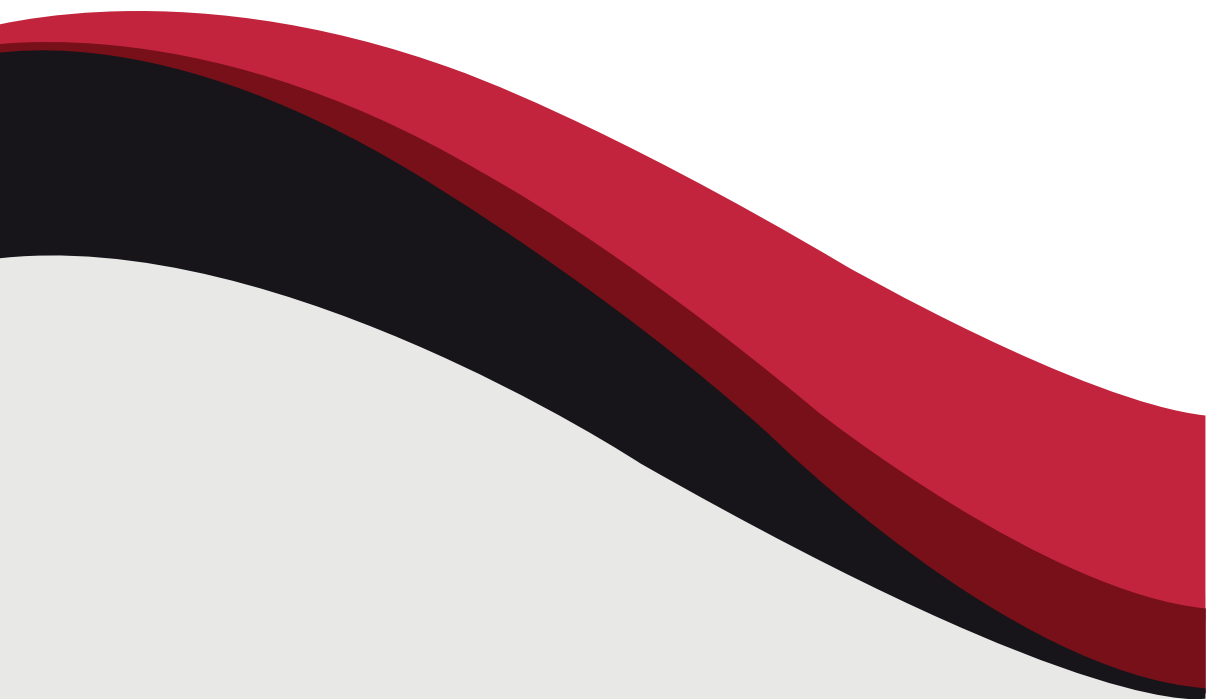
1. Concepção de meio ambiente de trabalho

139 Departamento de Normas Internacionais da OIT. Documento original em inglês

140 Categoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do entendimento vigente acerca do status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e promulgados pelo Brasil, à luz do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF (cf. RE 466.343).

TEMA 6:

A desvinculação da jornada de trabalho das normas de proteção da saúde e segurança



É possível identificar um processo histórico evolutivo, no que se refere à preocupação com o impacto do trabalho na saúde no ser humano, que se inicia com a etapa da implantação de serviços médicos em indústrias, a partir de meados do século XIX. Em um momento posterior, no pós Segunda Guerra, passa-se à etapa da saúde ocupacional, agora preocupada, para além do tratamento de trabalhadores adoecidos, com a segurança dos processos produtivos (sobretudo quanto a máquinas e produtos manuseados). Já na década de setenta, na chamada etapa da saúde do trabalhador, há a expansão da atenção para o meio ambiente no qual está inserido o obreiro, preceituando um olhar holístico sobre os riscos a que está exposta a sua saúde. Até que, na década de oitenta, inaugura-se o estágio da qualidade de vida do trabalhador, que lança luzes ao grau de satisfação no trabalho, efetivada a partir de circunstâncias não apenas físicas, químicas e biológicas da atividade profissional, mas também de organização do trabalho, interrelações pessoais, aspirações de carreira, etc.¹⁴¹

Na atualidade, tem-se, pois, que a concepção de meio ambiente do trabalho equilibrado está baseada “na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores”.¹⁴² A manutenção da saúde do trabalhador como direito depende, portanto, da preservação do equilíbrio do meio ambiente laboral, enquanto obrigação jurídica voltada à salvaguarda, em última instância, do próprio direito à vida.¹⁴³ Daí que:

Na busca do conceito de meio ambiente do trabalho, procura-se conjugar a ideia de local de trabalho à de conjunto de condições, leis, influências, e interações de ordem física, química e biológica, que incidem sobre o homem em sua atividade laboral. O conceito transcende a concepção meramente espacial (local de trabalho como elemento do contrato de trabalho) e rejeita a dicotomia natural x artificial.¹⁴⁴

A proteção da saúde e da segurança no trabalho demanda, pois, uma abordagem mais ampla, como propõem a visão evolutiva da saúde do trabalhador e a concepção atual de meio ambiente de trabalho. Esta visão requer atenção para a gestão organizacional de riscos, ao modo da análise realizada pela ergonomia da atividade¹⁴⁵, que se preocupa

141 SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008, p. 120-125.

142 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

143 SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira, op. cit., p. 99-101.

144 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 40.

145 Ergonomia aqui entendida como técnica na qual são utilizados o conhecimento técnico-científico e o saber dos trabalhadores sobre sua própria situação de trabalho, em especial sobre os riscos envolvidos, com o diferencial de admitir que técnicos e cientistas tem algo a aprender a partir do comportamento e do discurso dos trabalhadores (VILELA, Rodolfo A. G. et al. Da vigilância para prevenção de acidentes de trabalho: contribuição da ergonomia da atividade. Ciência & Saúde Coletiva,

com a avaliação de todo o contexto da atividade laboral, desde seus aspectos físicos (mobiliário, agentes insalubres, movimentos repetitivos, sintomatologia etc.), passando pela rotina de trabalho (v.g., **jornada**, metas e comunicação com superiores hierárquicos), atingindo aspectos mentais relacionados a comportamento, como a depressão e o assédio moral.¹⁴⁶ Tal concepção encontra-se integralmente acomodada pelo ordenamento jurídico pátrio, composto por normas de origem doméstica e internacional, por força do § 2º do art. 5.º da Constituição Federal.

A Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre a saúde e a segurança no trabalho e o meio ambiente de trabalho, ratificada pelo Brasil e promulgada por força do Decreto nº 1.254/1994, assim conceitua o local de trabalho e o termo saúde — no que é acompanhada pela Recomendação nº 164 da mesma Organização:

Art. 3 — para os fins da presente Convenção:

[...]

c) a expressão 'local de trabalho' abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que estejam sob o controle, direto ou indireto, do empregador;

[...]

e) o termo 'saúde', com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.

A chamada "Lei de Política Nacional do Meio Ambiente" (Lei nº 6.938/81), de seu lado, define o meio ambiente, *in verbis*:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Evidente, pois, a total sintonia entre as concepções científica e legislativa acerca do meio ambiente de trabalho, nas quais o conceito vai **muito além do das condições do**

vol. 17, núm. 10, outubro, 2012, pp. 2817-2830, p. 2828).

146 BELTRAMELLI NETO, Sílvio; LUSTRE, Paola Stolagli. O direito fundamental à saúde e o acidente de trabalho: por uma investigação mais precisa do nexos causal. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 48, jan./jun. 2016, p. 223-248, Campinas, 2016, p. 245.

local físico no qual o trabalhador ou a trabalhadora prestam serviços. Destarte, impõe-se que os dispositivos jurídicos alusivos à saúde e segurança do trabalho sejam interpretados e aplicados tendo tal concepção por premissa, sob pena de desvirtuamento de sua teleologia.

2. O direito humano à redução dos riscos inerentes ao trabalho

A Constituição Federal consagra o direito humano à saúde como direito fundamental, fazendo-o, em linhas gerais, no seu art. 6.º, e especificando-o em seus arts. 196 e seguintes. O art. 196 da CF estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Diz, ainda, que o Estado, para a consecução dessa tarefa, deve levar a efeito “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”.

A Carta Magna também se ocupa do meio ambiente laboral, a começar pelos artigos 200, inciso VIII, e 225, *caput*, cuja interação consagra a existência do meio ambiente trabalho:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII - Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O art. 7.º, XXII, da Constituição Federal, confere, formal e explicitamente, *status* de direito fundamental do trabalhador e da trabalhadora à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, demonstrando que a salvaguarda legal do meio ambiente visa a prevenção dos agravos à saúde do(a) trabalhador(a) e não a compensação econômica, na hipótese de ocorrência do dano.

Assim, as disposições constitucionais voltadas ao pagamento de adicionais (art. 7.º, XXIII) e a contratação de seguro contra acidentes de trabalho (art. 7.º, XXVIII) devem ser tomadas por obrigações patronais subsidiárias, secundárias, ao dever principal de prevenção. Nessa linha, o art. 7.º, XXII, explicita, de modo cabal e incontestável, a aplicação do **Princípio da Prevenção**, próprio do Direito Ambiental, ao meio ambiente de trabalho.

No contexto convencional supralegal¹⁴⁷, cabe mencionar a Convenção 155 da OIT (“Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Traba-

147 Categoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do entendimento vigente acerca

lho”), aprovada em 1981 e promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 1.254, de 29 de setembro de 1994. Tal norma insta os Estados a, mediante diálogo com as representações obreiras e patronais, pôr em prática “uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho” (art. 4.1), tendo por objetivo “prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho” (art. 4.2.).

Destaca-se a conclusão derivada do citado art. 3.º, “e”, da Convenção 155, segundo a qual a saúde do obreiro não significa, exclusivamente, ausência de doença, mas, outrossim, a **inexistência de absolutamente qualquer circunstância relacionada ao trabalho que agrida a integridade física ou mental do trabalhador**, ainda que não manifestada sintomaticamente. Dito de outro modo, a proteção da saúde do trabalhador suplanta o enfrentamento da doença instalada ou da lesão havida, abrangendo a **eliminação de toda situação de exposição a risco**. Diante deste referencial, não se sustenta a desvinculação da jornada de trabalho do meio ambiente laboral, como seu elemento (aliás, protagonista), tampouco a possibilidade de enquadramento de insalubridade por norma coletiva e a admissão de trabalho de gestante em ambiente insalubre, antes proibidos por lei.

Logo, as disposições dos arts. 155 a 159 da CLT são os pilares da distribuição das obrigações jurídicas relativas à proteção do meio ambiente do trabalho e, por conseguinte, da saúde e da segurança do trabalhador.

Ao Estado, notadamente representado na figura do Ministério do Trabalho, cabe, por um lado, o estabelecimento das normas sobre segurança e medicina do trabalho e, por outro, a coordenação, orientação, controle e supervisão da fiscalização e das demais atividades relacionadas com a segurança e a medicina do trabalho (art. 155, I e II, da CLT). Ao editar Normas Reguladoras – NR’s, o Ministério do Trabalho cumpre a parte que se refere ao estabelecimento de normas de segurança e medicina do trabalho.

Aos empregados, cabe observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as editadas pelo Ministério do Trabalho, e a colaboração com o empregador na aplicação dos dispositivos voltados à proteção ambiental, ou seja, à redução dos riscos aos quais possa vir a estar exposto, sob pena de prática de ato faltoso, passível até mesmo de dispensa motivada (art. 158, CLT).

Aos empregadores compete cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados quanto a precauções para que se evite acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; além de adotar as medidas que lhes sejam

do status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e promulgados pelo Brasil, à luz do art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, da CF (cf. RE 466.343).

determinadas pelo órgão competente; e facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente (art. 157 da CLT).

Esta lógica, historicamente estabelecida, acabou por ser desvirtuada pela reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), quando, v.g. deixa de exigir a comunicação do Ministério do Trabalho em caso de prorrogação de jornada por necessidade imperiosa, permite a redução do intervalo intrajornada para trinta minutos sem autorização pelo mesmo Ministério e faculta a flexibilização do enquadramento da insalubridade, matéria essencialmente técnica, relegada às normas regulamentadoras deste órgão.

Tampouco a possibilidade de redução de direitos pela via da negociação coletiva, inclusive pertinentes à jornada de trabalho, sem contrapartida, escapa à inconstitucionalidade e à inconveniência.

É que vigem no Brasil — e com toda a força cogente que não se pode negar a este tipo de norma — os Princípios da Dignidade Humana, da Valorização Social do Trabalho, da Justiça Social e da Função Social da Propriedade, os quais, no âmbito laboral, reforçam os outros princípios, tipicamente trabalhistas, como o Princípio Protetor e sua decorrente Regra da Norma Mais Favorável ao trabalhador. Alia-se a isso tudo a efetividade de um vasto direito positivado, constitucional e internacionalmente, no que se refere à garantia de direitos laborais (arts. 7º a 11 da CF, CLT, leis esparsas).

Da mesma forma, imperativo reconhecer os direitos trabalhistas como direitos fundamentais protegidos contra qualquer tendência de abolição (art. 60, § 4.º, IV, CF), exceto nas situações em que o próprio Poder Constituinte expressamente permitiu, contanto que envidadas por norma coletiva que contemple contrapartida justificadora da transação¹⁴⁸, quais sejam, aquelas constantes dos incisos VI (redução salarial), XIII (compensação e redução de jornada) e XIV (jornada em turnos ininterruptos de revezamento) do art. 7º da Carta Magna, permanecendo as demais cláusulas pétreas trabalhistas juridicamente a salvo de inovação *in melius*, levada a efeito por iniciativa legislativa ou por força da autonomia privada individual ou coletiva.

Não bastasse isso, o intento da prevalência do negociado sobre o legislado afronta as Convenções 98 (“Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva”) e 154 (“Fomento à Negociação Coletiva”) da OIT, a qual, aliás, por meio de seu Comitê de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações já advertiu — a propósito dos comentários formulados em 2016 e publicados na Conferência Internacional de junho de 2017 — que observa com apreensão, os vários projetos de lei submetidos ao Congresso Nacional, com vistas a que condições de trabalho determinadas por acordo ou convenção coletiva prevaleçam sobre as disposições da lei:

148 DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., p. 1257.

A este respeito, o Comitê recorda que o objetivo global de Convenções n.ºs. 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para encontrar um acordo sobre os termos e as condições de trabalho que são mais favoráveis do que as previstas na legislação. (...) De uma perspectiva prática, o Comitê considera que a introdução de uma possibilidade geral de redução através da negociação coletiva as proteções para os trabalhadores na legislação teria um forte efeito dissuasor sobre o exercício desse direito e poderia contribuir para a deslegitimação durável deste mecanismo.¹⁴⁹

Em outras palavras, a própria OIT, então ciente da proposta de reforma trabalhista brasileira, já alertava sobre a evidente violação a compromissos internacionais assumidos, que imputam aos agentes estatais a preservação da autonomia privada coletiva como fonte de normas ampliativas da proteção jurídica dos direitos trabalhistas e não redutoras.

De uma perspectiva holística, portanto, o projeto de lei da reforma trabalhista propõe alterações absolutamente incompatíveis com as normas constitucionais e convencionais vigentes no Brasil, na medida em que abrem espaço para substancial incremento dos riscos à saúde e à segurança dos trabalhadores.

O direito à saúde trata-se de direito humano consagrado pela Constituição Federal — fazendo-o, por isso, um direito fundamental —, hipótese na qual recai sobre o Estado brasileiro o intitulado “dever de proteção”, decorrente da sua função da proteção perante terceiros¹⁵⁰, que incumbe todos os agentes estatais da adoção de medidas de proteção (ação de proteger para evitar ação de violação). No exercício da função de proteção perante terceiros, os diferentes órgãos estatais são instados a prevenir e reprimir afrontas a direitos humanos, principalmente mediante providências administrativas (Poder Executivo), edição de leis regulatórias e punitivas (Poder Legislativo) e realização de investigações, julgamentos e imposição de sanções (autoridade policial, Ministério Público e Poder Judiciário). Sob este aspecto, não se pode conceber autorização jurídica para qualquer alteração legislativa que pretenda fragilizar um patamar protetivo já estabelecido em relação à salvaguarda da saúde do trabalhador.

149 INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. INFORMATION SYSTEM ON INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS. Observation (CEACR) - adopted 2016, published 106th ILC session (2017): Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Brazil (Ratification: 1952), Geneva, s.d. Disponível em: <<https://goo.gl/3dnTZx>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

150 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 409.

3. A indissociabilidade entre jornada laboral e saúde e segurança do trabalho

Na esteira da implementação pela Lei nº 13.467/2017 da prevalência das normas coletivas sobre a lei estatal, coube aos arts. 611-A e 611-B da CLT estipular as matérias relativas à negociação coletiva prevalecente, respectivamente. Neste contexto, estatui o parágrafo único do art. 611-B da CLT que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

Tal enunciado confronta a histórica luta pela limitação da jornada como fator de preservação da integridade física do(a) trabalhador(a), circunstância de conhecimento geral e evidenciada, de maneira mais eloquente, no final do século XIX, início do século XX. Como esclarece JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, a duração do trabalho “está solidamente integrada com os repousos do trabalhador, de modo a encontrar um ponto exato de equilíbrio destinado a preservá-lo da fadiga e beneficiar economicamente o empregador com a contrapartida do aumento de produtividade”¹⁵¹.

Do ponto de vista jurídico, o parágrafo único do art. 611-B da CLT, ao permitir que os limites de jornada de trabalho sejam dispostos — ora por acordo individual (art. 59 e ss. da CLT), ora por norma coletiva (art. 611-A da CLT) —, diferentemente do quanto preceituado na Constituição Federal (art. 7º, XIII a XV), afronta, diretamente, o direito humano à redução dos riscos laborais, consagrado pelo inciso XXII do mesmo art. 7º e pelo art. 4º da Convenção nº 155 da OIT:

Art. 4 — 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.

Não bastasse isso, restam confrontadas as disposições da Convenção nº 155 da OIT, que impõem pelo Estado-Parte (como o é o Brasil) a consideração da duração do tra-

151 PINTO, José Augusto Rodrigues. Tratado de direito material do trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 430.

balho como elemento da preservação da saúde e segurança laboral, sobretudo na atuação legislativa:

Art. 5 — A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho:

[...]

b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do **tempo de trabalho**, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores;

Art. 8 — Todo Membro deverá adotar, **por via legislativo** ou regulamentar ou por qualquer outro método de acordo com as condições e a prática nacionais, e em consulta com as organizações representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas, as **medidas necessárias para tornar efetivo o artigo 4 da presente Convenção**.

Art. 11 — Com a finalidade de **tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção**, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

[...]

b) a determinação das operações e processos que serão **proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes**, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; **deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes**;

Ora, não fosse a saúde e segurança do(a) trabalhador(a) direito humano e matéria de ordem pública, portanto indisponíveis, não teria constado, no art. 611-B, inciso XVII, da CLT, que a supressão ou a redução de direitos relativos a “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho” constituíam objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de traba-

lho. Se a duração do trabalho é fator de saúde e segurança do(a) obreiro(a), tem-se clara contradição que expõe o despropósito fático e jurídico do parágrafo único do art. 611-B da CLT.

Depreende-se a intuitiva e inescapável associação entre limites da duração do trabalho e salvaguarda da saúde e segurança laborais da seguinte passagem de GODINHO, ao criticar os regimes de compensação de jornada do tipo “banco de horas”:

A agressão que propicia à saúde, higiene e segurança laborais obscurece, significativamente, o sentido favorável ao trabalhador de que era classicamente dotado e o coloca em confronto com o art. 7º, XXII, da Constituição, que assegura aos empregados direitos a normas de saúde, higiene e segurança que reduzam (e não que elevem) os riscos inerentes ao trabalho.¹⁵²

É certo, ainda, que o dispositivo em comento fere sólida jurisprudência construída, em todas as instâncias dessa Justiça Especializada, no sentido da vinculação entre limitação de jornada e saúde e segurança, do que é exemplo solar o texto da Súmula 437, II, do TST:

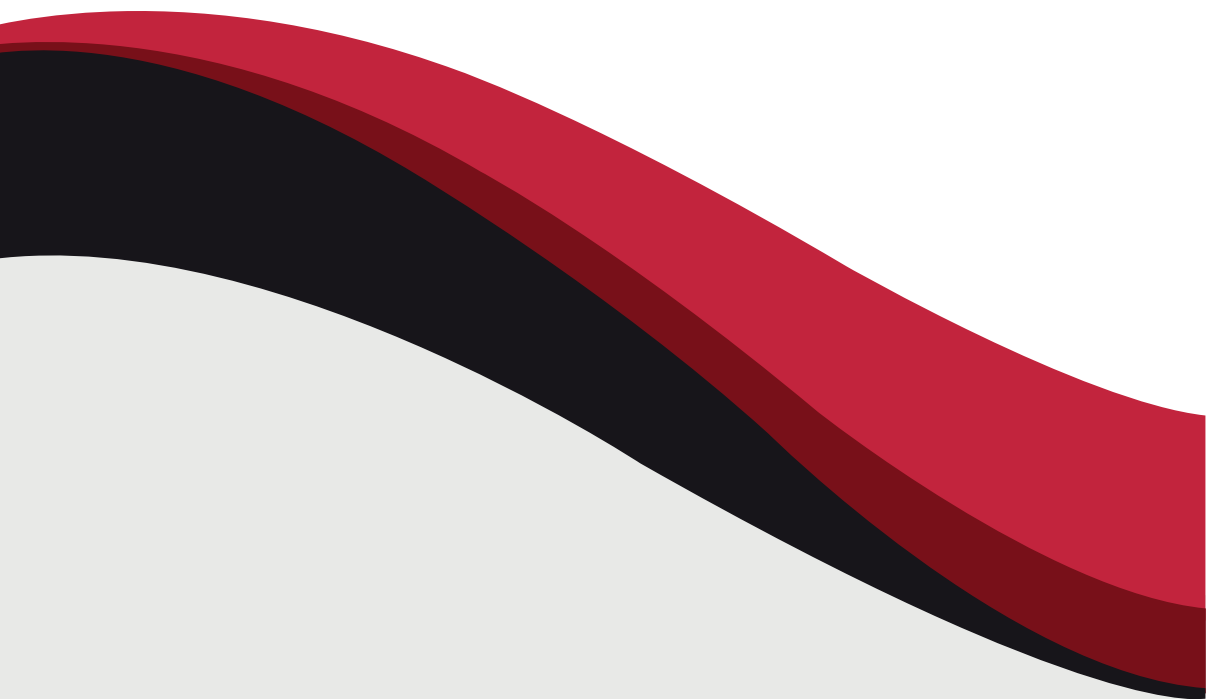
É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação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

Ademais, sob um outro aspecto, o permissivo legal para a disponibilidade dos limites da jornada de trabalho — enquanto meio de agravo à saúde do trabalhador pelo cumprimento de jornadas excessivas e desgastantes, sem o devido período de descanso — impactará, negativamente, os cofres da seguridade social. Uma vez que a prática cotidiana de jornadas exaustivas, comprovadamente, acarreta elevação do número de acidentes do trabalho e de doenças ocupacionais, ensejadoras de suspensão do contrato de trabalho, com percepção de benefícios previdenciários, financiados pela sociedade.

Assim, ao considerar-se a jornada laboral é necessário levar em conta a relação direta entre descanso e refeição a serem concedidos ao trabalhador, considerando não apenas premissas econômicas relativas à eficiências, mas principalmente a saúde do trabalhador.

152 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1011.

BIBLIOGRAFIA



BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 51, n. 202, p. 251-277, jun. 2014. p. 257-258.

BELTRAMELLI NETO, LUSTRE, Paola Stolaghi. O direito fundamental à saúde e o acidente de trabalho: por uma investigação mais precisa do nexu causal. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 48, jan./jun. 2016, p. 223-248, Campinas, 2016, p. 245

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 76/2013, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. Categorias referentes (cf. RE 466.343).

_____. Presidência da República. Casa Civil. Lei 13.467 de 14 de julho 2017. Reforma Trabalhista, Brasília, julho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5735 ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face das alterações introduzidas pela Lei 13.429, de 2017, na Lei 6019/74

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento: 03.12.2008. Publicação: DJe 04.06.2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região - Acórdão - RO 27.556/93, Rel. Juiz José J. Félix, publicada em 13.12.1995

_____. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região; Processo: 00764-2011-134-03-00-5 RO; 8ª Turma; Relator: Marcio Ribeiro do Valle; Revisor: Denise Alves Horta; Data de Publicação: 20/04/2012; Divulgação: 19/04/2012. DEJT. p. 103.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, E-RR-654203-40.2000.5.15.5555, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/09/2005, Data de Publicação: DJ 11/11/2005

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77-78.

CESIT/IE/UNICAMP. *Dossiê Reforma Trabalhista*. Disponível em <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie_FINAL.pdf> Acesso em 16 ago. 2017

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124. Tradução livre.

_____. *Caso Aguado Alfaro e Outros vs. Perú. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2006, parágrafo 128. Tradução livre.

_____. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012.

_____. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2010, Voto Arrazoado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (juiz ad hoc), parágrafo 36. Tradução livre.

_____. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009, parágrafo 338. Tradução livre.

_____. - Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm [Acesso em 14 de março de 2018]

_____. - Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Em Matéria De Direitos Econômicos, Sociais E Culturais, "Protocolo De San Salvador" http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm [Acesso em 14 de março de 2018]

_____. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 "Pacto de Sao José da Costa Rica", da OEA, promulgada pelo Decreto n. 678, de 1992.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr, 2011.

DIEESE. *Terceirização e precarização das condições de trabalho*. Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Nota Técnica, n. 172, março/2017. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>> Acesso em 16 ago. 2017.

_____. *Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha*. São Paulo. Disponível em <<http://bit.ly/2rWN00f>> ou <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 200.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 61.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo, DUTRA, Renata Queiroz. *O Supremo e a repercussão geral no caso da terceirização de atividade-fim de empresas de telecomunicações: o que está em jogo?* Disponível em <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/o_supremo_e_a_repercussc3a3o_geral_no_caso_da_terceirizac3a7c3a3-o_de_atividade-fim_de_empresas_de_telecomunicac3a7c3b5es.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2017

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 40.

FILHO, Glauco Barreira Magalhães. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 37

FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; DUTRA, Renata Queiroz. Contrato de locação de serviços, contrato de prestação de serviços e contrato de trabalho. *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. coord. Gustavo Tepedino, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana Frazão e Gabriela Neves Delgado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 243 e 245.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

FUNDAÇÃO COGE. *Relatório de Estatísticas de Acidentes no setor Elétrico Brasileiro 2010*. Disponível em <http://www.funcoge.org.br/csst/relat2010/index_pt.html>. Acesso em 16 ago. 2017; DIEESE. *Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro*. Disponível em <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2017.

GARCÍA, Fernando Silva. *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: criterios esenciales*. México: Dirección General de Comunicación del Consejo de la Judicatura, 2011, p. 13-14. Tradução livre do original.

HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. Employment Rights Act de 1996. *Textbook on Labour Law*. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 23.

ILO - Freedom of Association: *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Geneva, International Labour Office, Fifth (revised) edition, 2006.

_____. *ILO Constitution*. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:6135403041771296::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. INFORMATION SYSTEM ON INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS. *Observation (CEACR) - adopted 2016, published 106th ILC session (2017): Right to Organise*

and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Brazil (Ratification: 1952), Geneve, s.d. Disponível em: <<https://goo.gl/3dnTZX>>. Acesso em: 15 jun. 2017

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 259 e 261.

KREIN, José Dari, FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *A luta contra a legitimação da terceirização no STF*. Disponível em <<http://www.brasildefato.com.br/node/29131>>. Acesso em 16 ago. 2017. Vide, ainda, DIEESE. *Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha*.

LEIBHOLZ. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. 1ª ed. Berlim, 1925. p. 91 *apud* DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*.

MATTOS E SILVA, Bruno. *Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 34

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 01.

NIKKEN, Pedro. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos em el derecho interno*. *Revista IIDH 57 (jan-jun2003): 15*.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 297-298.

BELTRAMELLI NETO. *Direitos humanos*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEW YORK TIMES. *To Understand Rising Inequality, Consider the Janitors at Two Top Companies, Then and Now* <<https://www.nytimes.com/2017/09/03/upshot/to-understand-rising-inequality-consider-the-janitors-at-two-top-companies-then-and-now.html?mcubz=3>> Acesso em 12 set. 2017.

OIT. *La relación de trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 430.

_____. - Convenção sobre Política Social (Objetivos e Normas Básicas), de 1962: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235329/lang--pt/index.htm [Acesso em 14 de março de 2018]

ONU - Declaração Universal dos Direitos Humanos. <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> [Acesso em 14 de março de 2018]

_____. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais De 1966, promulgado, no Brasil, pelo Decreto n.o 531/92 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm [Acesso em 14 de março de 2018]

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Terceirização, a CLT e a Constituição*. Disponível em: <<http://www.prt10.mpt.gov.br/content/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-clt-e-constitui%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em 16 ago. 2017

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.

POCHMANN, Márcio. *Sindeepres, trajetória da terceirização*. Disponível em: <<http://bit.ly/2rTrd9A>> ou <<http://sindeepres.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. *A superterceirização dos contratos de trabalho*. Pesquisa publicada no site do Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros (SINDEEPRES). Disponível em: <<http://www.-sindeepres.org.br>> Acesso em: 16 ago. 2017.

PUJOLAR, Olivier. Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo. *Relaciones Laborales: revista critica de teoria y practica*, Madrid, La Ley, n. 02, p. 237-254, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 339 e 341 e DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. 19ª ed. São Paulo: Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. *Consultor Jurídico*, 10 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>>.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego*. v. II. São Paulo: LTr, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, n. 73, p. 29-38, jan./jun. 2006.

VILELA, Rodolfo A. G. et al. Da vigilância para prevenção de acidentes de trabalho: contribuição da ergonomia da atividade. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 17, núm. 10, outubro, 2012, pp. 2817-2830

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego de Emprego: estrutural legal e suposto*. São Paulo: Saraiva, 1975.

