

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE
DO TRABALHO**

MARIA AUREA BARONI CECATO

NORMA SUELI PADILHA

FERNANDO FITA ORTEGA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito do trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Fernando Fita Ortega; Maria Aurea Baroni Cecato; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-011-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Apresentação

No âmbito de uma parceria estabelecida entre Espanha e Brasil, constando de um projeto desenvolvido no X Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado na Universidade de Valência, de 4 a 6 de setembro de 2019, os textos abaixo arrolados foram apresentados e debatidos junto ao Grupo de Trabalho (GT) intitulado “Direito do Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho”.

As apresentações e os debates se colocam, assim, em considerações gerais sobre direitos fundamentais laborais e sua evolução, segundo o texto de apresentação, abaixo transcrito, elaborado pelos coordenadores do GT.

Os direitos fundamentais laborais e sua evolução: considerações gerais

1. A origem e o desenvolvimento dos direitos sociais nas Constituições.

A proclamação constitucional dos direitos sociais, como direitos fundamentais, surgiu sempre vinculada a fenômenos traumáticos, em um intento de “vertebração” das sociedades que deles foram vítimas. Assim aconteceu com o reconhecimento desses direitos no âmbito do que veio a ser denominado Constitucionalismo social¹, o que significa, nas palavras de MONEREO, a pretensão político-institucional de colocar a economia a serviço da sociedade, ao incorporar os direitos sociais nas constituições, garantindo, de forma efetiva, os direitos fundamentais mediante a realização de políticas redistributivas de riqueza e a democratização e “pluralização” da ordem política e socioeconômica.²

Igualmente aconteceu com a consolidação dos direitos sociais nos textos constitucionais, cuja expressão nas Constituições européias ocorreu nos anos imediatamente após a Segunda Guerra Mundial em áreas não sujeitas a ditaduras³, ou após a queda destas.⁴ Uma característica comum dessas constituições é a exaltação dos valores sociais como espinha dorsal do novo marco jurídico que deverá reger a sociedade, como resta compreendido de seus primeiros artigos⁵, com o objetivo de estabelecer sociedades que possam conviver em paz e harmonia através da estabilidade social.

Juntamente com os direitos sociais, as constituições também reconhecem os direitos econômicos, entre os quais, como referência, destaca-se o princípio da liberdade de empresa, que faz parte do desenho econômico constitucional, integrando a chamada constituição econômica que, normalmente (e, em todo o caso é assim que ocorre na Espanha) se configura como constituição aberta e não está sujeita a modelos econômicos fixos.⁶

2. A revisão dos direitos fundamentais à luz do princípio da liberdade de empresa: o caso espanhol no contexto europeu.

Pois bem, em que pesem as dificuldades que existem para reconhecer a liberdade de empresa como um direito fundamental, o certo é que a liberdade de empresa, como as demais liberdades de mercado, compartilham mecanismos processuais e garantias institucionais de máxima proteção jurídica outorgada aos direitos fundamentais nas jurisdições nacionais⁷. E se um direito vale juridicamente o que valem suas garantias⁸, vale assinalar que aquelas que estão sendo colocadas, nos últimos tempos, em defesa do princípio da liberdade de empresa, são maiores do que as que protegem os direitos fundamentais dos trabalhadores, como resultado dos momentos atuais caracterizados pela globalização econômica e pelo triunfo das políticas neoliberais (muito mais paleoliberais, nas palavras de JAVIER DE LUCAS).⁹

Como parte da constituição econômica, a liberdade de empresa se modula em virtude de um critério de caráter econômico – economia de mercado ¹⁰ – na qual a defesa da concorrência constitui um pressuposto e um limite necessário dessa liberdade (Sentença do Tribunal Constitucional 208/1999). A defesa da competência supõe, pois, um critério de ponderação a ser considerado na hora da avaliação do ordenamento jurídico, incluídos os limites aos direitos fundamentais dos trabalhadores. ¹¹

Nessa situação se apresenta um difícil equilíbrio entre a economia de mercado e a configuração dos países como estados sociais, uma vez que a intervenção econômica das autoridades públicas para defender os valores sociais poderia configurar um prejuízo para a defesa da concorrência. É, como VIERA ÁLVAREZ¹² aponta, uma questão de limites. Limites por excesso e por padrão. Por excesso, dado que a Constituição não permite um sistema de mercado puro, com uma economia altamente liberalizada, tanto porque a Espanha se constitui como um Estado social, como também em razão do reconhecimento de uma iniciativa econômica para o Estado.¹³

Por padrão, porque o mercado não pode ser alterado, tornando-se uma economia planejada e centralizada; há uma intervenção das autoridades públicas, embora o coração do modelo esteja na iniciativa privada.

No entanto, em um contexto de emergência de espaços político-econômicos regionais, que implicam a superação do Estado-Nação em virtude de parâmetros.

essencialmente econômicos¹⁴, e a forte presença de políticas neoliberais, a defesa dos direitos sociais fundamentais foi enfraquecida em razão da preeminência que foi dada aos parâmetros próprios da economia. Assim tem ocorrido na União Europeia, onde as quatro liberdades comunitárias instrumentais para a criação do mercado único - livre circulação de pessoas, bens, serviços e capital - exigem a criação de um sistema econômico que garanta, para seu funcionamento, livre concorrência real e eficaz.

Não é de surpreender, portanto, que, na tentativa de constitucionalizar uma série de direitos e princípios no nível da comunidade, juntamente com certos direitos sociais, seja coletada a liberdade da empresa¹⁵, que foi entendida como constitucionalização da «Economia social de mercado», que implica limitações importantes ao intervencionismo político-econômico típico do estado social contemporâneo¹⁶. O direito originário da União Européia estaria, portanto, integrando uma constituição material, forte, na qual os direitos sociais são integrados de maneira frágil, passando a ser considerados barreiras não-tarifárias ao mercado livre, assim como aconteceu com os direitos de greve e negociação coletiva em sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia em sentenças como as proferidas em Albany, Viking, Laval ou Ruffert.

Desse modo, aparece um modelo social europeu, definido em contraposição ao Estado social, começando a falar de um modelo de solidariedade competitiva que substituiria o da solidariedade distributiva, subtraindo da esfera da solidariedade do Estado as políticas de integração em matéria social ao impor-se a subordinação dos direitos sociais ao mercado.¹⁷

Em definitivo, a lógica seguida pela União Européia vem se situando na manutenção de uma economia saneada e competitiva, respeitando o princípio da livre concorrência, como instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho seguindo o entendimento de que a melhoria social derivaria naturalmente do progresso social. Assim, um Estado de competição econômica que faria a lógica econômica prevalecer sobre a social, revendendo os direitos sociais, estaria substituindo a forma política do Estado social.¹⁸ Tudo isso levaria ao surgimento de um novo conceito de cidadania, a cidadania do consumo, fundada no mercado, que resultaria do entendimento de que o avanço social é alcançado a partir dos benefícios que os cidadãos europeus podem lograr como consumidores e como resultado de produção mais eficiente e concorrência mais intensa.¹⁹

Como resultado da globalização econômica e da submissão – e, em muitos casos, da conivência – do poder político ao poder econômico, os Estados limitaram suas possibilidades de intervenção na tutela dos direitos sociais.²⁰ Portanto, a defesa dos valores sociais deve ser impulsionada no plano internacional ou pelo desenvolvimento de novos mecanismos de proteção transnacional, ou seja, estabelecendo a resposta da defesa social na mesma esfera em que sua ameaça se move. ²¹

Nesse sentido, é importante reconhecer que, apesar do forte condicionamento da economia, em um espaço supranacional, como o da União Européia, houve alguns avanços importantes na garantia dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Isso aconteceu em questões relacionadas à segurança e saúde no trabalho, nas quais a jurisprudência trabalhista do Tribunal de Justiça em termos de tempo de trabalho estendeu as garantias dos trabalhadores além do imaginável, atendendo a tradição jurídica dos diferentes Estados membros. O mesmo aconteceu em outras matérias, como com o reconhecimento e fortalecimento dos direitos à informação e consulta; a proibição de discriminação (apesar da hierarquia que pode ser encontrada na proteção de certos motivos discriminatórios e a falta, em muitos casos, de mecanismos eficazes de proteção) ou a proteção da privacidade derivada da proteção de dados.

E ainda, dadas as terríveis conseqüências das políticas econômicas na fase de crise iniciada em 2018 (distanciamento do cidadão do projeto europeu, traduzido no auge dos nacionalismos e na contestação à própria existência da União, que está se estendendo por todo o espaço geográfico) no ano de 2017, foi apresentada a proposta de criação de um pilar europeu dos direitos sociais ²², que busca servir de guia para alcançar resultados sociais e de emprego eficientes para responder aos desafios atuais e futuros, a fim de garantir uma melhor regulamentação e aplicação dos direitos sociais, satisfazendo as necessidades essenciais da população que expressando os princípios e direitos essenciais para o bom e justo funcionamento dos mercados de trabalho e sistemas de bem-estar na Europa do século XXI. ²¹.

No entanto, resta pendente a necessidade de promover a proteção de outros direitos trabalhistas consolidados, bem como de estender essa mesma tutela ao plano internacional. Para isso, é imprescindível fortalecer a eficácia jurídica dos tratados internacionais ratificados pelos distintos Estados, que vêm sendo ignorados nos últimos tempos de crise econômica, elevando esta última ao parâmetro de interpretação constitucional²⁴ assim como exceção ao cumprimento das obrigações impostas pelas normas internacionais. ²⁵

Nesse sentido, cobram especial significação as iniciativas para a criação de um direito transnacional, como no caso da lei francesa nº 2017-399, de 27 de março de 2017, sobre o dever de fiscalizar as principais empresas em relação ao cumprimento de certos padrões laborais, por parte das empresas de terceirização – ainda que estejam localizados no exterior, sob outra codificação legal –, o que significa uma medida de responsabilidade social corporativa, voluntária para as empresas, na tentativa de garantir direitos sociais de trabalhadores que não são cidadãos do país que adota a medida.

3. Considerações acerca do contexto brasileiro no que concerne aos direitos fundamentais e à liberdade de empresa.

Embora com alguma limitação de amadurecimento político em relação à Europa (e aqui fala-se da Europa da época do estabelecimento dos direitos sociais, portanto, a Europa tradicional e juridicamente não estruturada em um ordenamento supranacional), o Brasil seguiu, em parte, o modelo europeu de construção de um Estado social. E o fez, assim como o fizeram outros países da América Latina e até mesmo de outras partes do mundo. Mas, claro, esse quadro foi também influenciado por outros fatores, econômicos, culturais e políticos, locais e regionais.

Tratou-se, sem dúvida, de um momento histórico de nova compreensão de como a sociedade deveria ser estruturada. Ao menos em termos mais ideais (e menos concretos), tratava-se de edificar o espaço de todos, o que implicava em reduzir desigualdades, no intuito da inclusão social. Esse conceito não desapareceu, mas cedeu lugar à preeminência da liberdade de empresa, restando desequilibrado o cotejo.

Vale considerar que o Brasil foi signatário do Tratado de paz da Primeira Guerra Mundial (Tratado de Versailles) e, nessa condição tornou-se, desde então, membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa foi uma das razões pelas quais ele esteve, desde o início, no contexto da criação de normas de proteção ao trabalhador e da compreensão de princípios que semeavam, desde então, o ideal do Constitucionalismo social.

Todavia, a primeira Constituição social brasileira data de 1934, quase vinte anos depois da Constituição social Mexicana, de 1917 e da Constituição de Weimer (1919). Isso, entretanto, não é o fato mais significativo porque, em períodos de autoritarismo, que foram muitos e relativamente longos, permaneceram os direitos laborais individuais, mas os coletivos – por óbvio, de cunho mais fortemente políticos e econômicos – foram extintos ou reduzidos, o que manteve os sindicatos em uma relativa inércia.

Na sequência, destaca-se a atual Constituição (de 1988) pós queda do regime civil-militar de 1964 a 1985. Esse texto constitucional é, sem dúvida, uma construção democrática “livre, justa e solidária, fraterna, pluralista e sem preconceitos”, destinada a “assegurar o exercício dos direitos sociais...” (Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira) e a dignidade da pessoa humana (Artigo 1 da C.F.B.) Nela, um espaço considerável foi destinado aos direitos sociais e, no âmbito destes, notadamente, aos laborais. Como suporte desse intento, a Ordem Econômica (Artigo 170 da C.F.B.) foi “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” com o fito de garantir “a todos existência digna”. De outro lado, é sustentada por princípios, dos quais devem ser destacados a “função social da propriedade” (e, assim, também a da empresa), a busca do pleno emprego e a livre concorrência.(Artigo 170 da C.F. B.). São todos princípios que embasam direitos fundamentais que devem garantir a tutela do trabalhador e a liberdade das empresas de se estabelecerem, pela livre iniciativa, como entenderem apropriado, exceto no que respeita a limites estabelecidos por lei.

Nos últimos tempos, todavia, o cotejo entre a liberdade de empresa e a proteção aos direitos fundamentais laborais, resulta numa clara inclinação de ganho para a primeira. Este é o contexto brasileiro que hoje se coloca na vanguarda dos países latinoamericanos: há uma nítida propensão para a valorização da liberdade da empresa em detrimento da proteção dos direitos dos trabalhadores. E, conquanto se saiba da existência de uma tendência mundial no sentido de precarizar direitos laborais e sociais em geral, resta uma diferença relevante de correlação de forças nos diversos ordenamentos jurídicos.

Em termos substantivos, a concretização maior dessa tendência é a recente Reforma Trabalhista (Lei 13.467 de 2017). Esse novo estatuto reduz fortemente a tutela do trabalhador, visando permitir às empresas fácil adequação ao quadro concorrencial mundial (expandida pela mundialização econômica). Assim, restam atendidas as necessidades das empresas, mas, sobretudo, seus interesses.

Apenas a título exemplificativo, destaca-se, nessa nova regulamentação, a prevalência do negociado sobre o legislado, o que reduz o espaço dos sindicatos e leva à negociação direta entre patrão e empregado, representando grande risco para a efetividade dos direitos trabalhistas. Aliás, se contratos entre patrão e empregados fossem isentos da preeminência da vontade do primeiro sobre a do segundo, jamais se teria tido necessidade de estabelecer normas tutelares para a dignidade do trabalhador. E, como não poderia deixar de ser, esse quadro é agravado pelos efeitos negativos da globalização econômica que impacta as condições de trabalho em todo o mundo.

No que concerne ao procedimento adotado para aprovação da mencionada reforma, cabe ressaltar a ausência total de diálogo com os sindicatos e com a sociedade em geral, diálogo esse necessário e devido, já que a chamada “Reforma Trabalhista” não constitui, por óbvio, alterações pontuais no Direito do Trabalho brasileiro. Ao contrário, implica em mudanças estruturais nesse ramo do Direito.

O Brasil nunca pode ser realmente considerado um Estado social, conquanto tenha estabelecido direitos sociais do início do Século XX até a atualidade. E, de fato, faltavam-lhe elementos para tal, destacando-se a persistência de forte desigualdade econômica e social durante todo esse tempo. Mas, apesar de embargada por outros ideais, a depender do momento político, havia uma intenção de sê-lo.

O país se encontra, hoje, muito mais afastado dessa condição. Contribui para essa perda, o projeto, já quase toalmente aprovado, da Reforma da Previdência Social, mais um portador de fortes perdas para os trabalhadores. Relembre-se que, dentre os pilares que constituem o chamado trabalho digno (“trabalho decente” na nomenclatura da OIT) está a proteção social, forte aliada dos direitos laborais.

Esse é o quadro atual, ainda sem qualquer perspectiva de reaproximação do status anterior. Entre a liberdade da empresa e os direitos mínimos e essenciais dos trabalhadores (o que repercute na sociedade em geral), está-se diante de um quadro em que estes últimos vêm enfrentando nítidas e consideráveis perdas, situação agravada pela persistência da grande desigualdade que marca o país.

Fora dos limites geográficos de cada país – e até pelo fato de que as relações laborais são, cada vez mais, impactadas seja direta, seja indiretamente, pela intensificação da globalização econômica, – vale reiterar o que já foi mencionado acima: a defesa dos direitos sociais fundamentais deve ultrapassar as barreiras dos ordenamentos nacionais, de forma a ser impulsionada no nível internacional ou através de mecanismos de ordenamentos transnacionais. .

1. Com a primeira manifestação da Constituição Mexicana de 1917, depois da revolução iniciada em 1910 e sua continuidade com a Constituição de Weimar, de 1919, depois da sangrenta I Guerra Mundial.

2. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”. Revista Española de Derecho del Trabajo n.160/2013, p. 6 (versión electrónica).
3. É o caso, por exemplo, da Constituição Francesa de 1946 ou da Italiana de 1947.
4. Como aconteceu no caso da Constituição portuguesa de 1976 ou da Constituição espanhola de 1978. Da mesma forma, no caso das constituições latino-americanas, como a brasileira, promulgadas após a queda dos regimes ditatoriais - apoiados e promovidos a partir dos Estados Unidos da América do Norte - que impediram o avanço do reconhecimento dos direitos civis e sociais.
5. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale (art. 1); L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro (art. 1); España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1)...
6. Não foi este, entretanto, o caso português, já que o texto original da Constituição de 1976 se encontrava fortemente marcado por uma ideologia socialista.
7. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, Lex Social, vol. 7, nº. 1 (2017) p. 219.
8. TORRES DEL MORAL, A. (1991), Estado de Derecho y democracia de partidos, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, p. 230.
9. Conferência inaugural do CONPEDI, Valencia 4 de setembro de 2019.
10. Reconhece-se a liberdade de empresa no marco de uma economia de mercado, estabelece o artigo 38 da Constituição Espanhola.
11. Limitando-se direitos sociais fundamentais como o da negociação coletiva, ao, por exemplo, declarar-se contrárias à competência certas cláusulas das convenções coletivas limitativas do recurso à externalização produtiva. Sobre esse particular, veja-se AA.VV., “La aplicación de la Ley de defensa de la competencia a los convenios colectivos”, en AA.VV. (Dir. GOERLICH PESET, J.M., Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia. Consejo Económico y Social. Madrid, 2001, pp. 281-393.

12. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 21, 2010-I, p. 220.

13. O artigo 38 da Constituição Espanhola dispõe: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

14. Vale lembrar que a criação da União Europeia surge a partir da aspiração da criação de un Mercado Único.

15. Artículo 16 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

16. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 13.

17. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” cit., p. 212.

18. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 4.

19. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, cit., pp. 224-225.

20. Possibilidades que no caso espanhol estão incluídas, entre outros, nos artigos 9, 33, 40, 128, 131 da Constituição, onde está estabelecido: a obrigação do poder público de remover os obstáculos para que a igualdade dos indivíduos e dos grupos em que estão integrados sejam reais e eficazes, bem como promovam condições favoráveis ao progresso social e econômico e a uma distribuição mais equitativa da renda regional e pessoal; a função social da propriedade privada; a subordinação da riqueza do país, em suas diferentes formas e qualquer que seja sua propriedade, ao interesse geral, reconhecendo a intervenção pública na economia em defesa desse interesse; a possibilidade de planejar a atividade econômica geral para atender as necessidades coletivas, equilibrar e harmonizar o desenvolvimento regional e setorial e estimular o crescimento da renda e da riqueza e sua distribuição mais justa.

21. FITA ORTEGA, F. y NAHAS, T., “La necesidad de una nueva internacionalización, o supranacionalidad, para asegurar la efectividad de la gobernanza de las relaciones de trabajo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*” Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Colección informes y estudios, Serie General, n.º. 23, 2019, pp. 1653-1667.

22. Que, no momento, se materializou na aprovação da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia e na criação pelo Regulamento 2019/1149 de um novo órgão, a Autoridade Europeia do Trabalho, que garante que as disposições europeias sobre mobilidade laboral sejam aplicadas de forma justa, simples e eficaz.

23. Apartados 12 y 13 do Pilar europeo de direitos sociais.

24. Como aconteceu no caso das sentenças constitucionais espanhóis 119/2014 e 8/2015, que analisaram a constitucionalidade das reformas trabalhistas espanholas de 2012.²⁵ Como foi o caso, por exemplo, da denúncia apresentada a certas medidas do Governo grego perante o Comitê Europeu dos Direitos Sociais por violações de certas obrigações impostas pela Carta Social Europeia (Reclamação n.º 65/2011) e sobre as quais o Governo respondeu admitindo a não conformidade, indicando que se tratava de uma não conformidade temporária e que reverteria a situação assim que a situação econômica permitisse (GR-SOC (2012) CB5, 5 de novembro de 2012).

Valência (ES); João Pessoa (BR); Florianópolis (BR), 16 de setembro de 2019

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega – Universidade de Valência (UV)

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato – Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHADOR: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PRO HOMINE E DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

INTERNATIONAL LABOR PROTECTION: APPLICATION OF THE PRO HOMINE PRINCIPLE AND THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

Deilton Ribeiro Brasil ¹
Luiz Antônio Da Silva Bittencourt ²

Resumo

Esta pesquisa objetiva fazer uma análise acerca da proteção internacional do trabalhador e da aplicação do princípio pro homine e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e culturais como forma dar resposta a três perguntas: O que é estar protegido? Como estar protegido? De quem estar protegido? Como resultado obtido verificou-se que a Constituição de 1988 e os tratados de direitos humanos nas relações sociais asseguram ao trabalhador a sua proteção integral. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método indutivo que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Proteção internacional do trabalhador, Princípio pro homine, Políticas de desregulamentação trabalhista, Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, Constituição federal de 1988

Abstract/Resumen/Résumé

This research aims to analyze on the international protection of workers and the application of the pro homine principle and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights as a way to answer three questions: What is it to be protected? How to be protected? Whom to be protected? It was verified that the Constitution of 1988 and the human rights treaties in social relations ensure the worker his full protection. The research is theoretical-bibliographic nature following the inductive method that instructed the analysis of the legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International worker protection, Pro homine principle, Labor deregulation policies, International covenant on economic, social and cultural rights, Federal constitution of 1988

¹ Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD da Universidade de Itaúna e Faculdades Santo Agostinho.

² Mestre em Direito Privado pela PUCMinas. Especialista em Ensino de Filosofia PUCMinas e em Derechos Humanos Laborales y Derecho Transnacional del Trabajo pela Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha. Advogado.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, o foco será a análise do princípio *pro homine* como forma de buscar dar resposta a três indagações: O que é estar protegido? Como estar protegido? De quem estar protegido?

Para construir a resposta a cada indagação, buscar-se-á tecer uma análise sobre as legislações nacional e internacional, visto que, na Constituição Brasileira, há uma abertura ímpar para a aplicação e prevalência dos direitos humanos nas relações sociais.

No primeiro momento, será apresentado um conceito ou uma definição do princípio *pro homine*, compreendendo o com seu alcance, para dar-se resposta à pergunta “o que é estar protegido?”; em seguida, será feita a reflexão sobre a pergunta “de quem estar protegido?”, e se fará uma análise das políticas de *flexiseguridades* que assolaram o Brasil recentemente; por fim, pretende-se responder, mesmo que de forma limitada, à questão “como estar protegido?”, vendo o princípio *pro homine* em consonância e sintonia com os princípios elencados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo é dividido em seis partes. A primeira parte é a introdução com destaque para a metodologia adotada no desenvolvimento da pesquisa. A segunda parte coloca em relevo algumas considerações necessárias sobre o princípio *pro homine* seu conceito e alcance além de se fazer uma análise sobre a primeira indagação que se resume na pergunta o que é estar protegido. O terceiro tópico é referente ao segundo tema que se traduz nas reflexões sobre de quem estar protegido bem como as políticas de desregulamentação trabalhista. No quarto tópico serão apresentadas as considerações do questionamento de como estar protegido com base no princípio *pro homine* como instrumento de ampliação dos direitos humanos trabalhistas ressaltando o papel do sindicato na reestruturação de consciência de classe bem como salientar a importância dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal de 1988 dentro do contexto proposto. Por último, as considerações finais sobre a temática colocada em relevo ao longo do trabalho e na quinta parte serão apresentadas as referências utilizadas.

O método utilizado para a realização do trabalho foi o indutivo com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema sobre a proteção internacional do trabalhador e a aplicação do princípio *pro homine* e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais à luz da Constituição Federal de 1988 e dos tratados de direitos humanos nas relações sociais que asseguram ao trabalhador a proteção integral

frente ao livre mercado e das políticas de desregulamentação. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram essencialmente a pesquisa bibliográfica.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

PRINCÍPIO *PRO HOMINE*: CONCEITO E ALCANCE. O QUE É ESTAR PROTEGIDO?

Antes de se discorrer sobre o princípio *pro homine*, faz-se necessário, primeiramente, falar sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, pois, para que o indivíduo goze da proteção prevista no Direito Internacional, é imperioso que os referidos tratados sejam devidamente assinados e ratificados, para produzir todos os efeitos no ordenamento jurídico interno. Essa discussão é relevante porque o referido princípio tem previsão em tratados internacionais.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o § 3º¹ no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que passou a prever a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem submetidos aos mesmos procedimentos necessários para a aprovação das emendas constitucionais, a saber: aprovação em dois turnos, nas duas Casas, por três quintos dos votos. Sendo aprovado o acordo com esse rito, os tratados internacionais de direitos humanos passam a ter *status* equivalente ao de emenda constitucional. O princípio *pro homine* encontra-se insculpido em diversos diplomas internacionais, a saber: no artigo 29b² da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e no artigo 4º³ do Protocolo de San Salvador, entre outros.

¹ Artigo 5º, § 3º Constituição Federal de 1988 - 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.

² Artigo 29 – Normas de interpretação – Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou de convenções em que seja parte um dos referidos Estados. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

³ Artigo 4º – Não admissão de restrições – Não se poderá restringir ou limitar nenhum dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob o pretexto de que este protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

O princípio *pro homine* institui um postulado em matéria de direitos humanos e tem duas dimensões: uma interpretativa e a outra normativa.

A preferência interpretativa se subdivide em interpretativa extensiva e interpretativa restritiva. Na interpretação extensiva, as normas serão interpretadas de forma a ampliar ao máximo os direitos dos indivíduos, visando efetivamente à concretização destes. E, diante de um caso em que a norma comporta mais de uma interpretação, então deve-se utilizar aquela que melhor promova o exercício do direito. E, por fim, se a norma que deve ser aplicada ao caso for contrária aos direitos humanos previstos no tratado da CADH, de acordo com o princípio *pro homine*, ela não pode ser aplicada. Contudo, diante de normas que restrinjam direitos, deve-se utilizar a interpretação restritiva, ou seja, deverá ser aplicada a interpretação que imponha a menor limitação possível ao exercício do Direito (ALCALÁ, [s.d]).

A segunda dimensão é marcada pela denominada preferência normativa, segundo a qual, diante de um conflito de normas, ainda que aparente, deve-se aplicar aquela que promova a maior proteção. *En caso de que las normas internacionales y nacionales difieran entre si, deberán aplicarse siempre aquellas normas que otorguen el nivel más alto de protección, en concordancia con diversas normas internacionales y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (ALBANESE, 2007, p. 153).

Clément (2015) assevera que a essência do princípio *pro homine*, seja na interpretação das normas, seja na escolha normativa, é assegurar maior proteção à pessoa humana. Nesse sentido, para pensar a aplicação do princípio *pro homine*, primeiramente é necessário delimitar qual o nível do discurso e qual o conceito de homem ou pessoa humana está sendo adotado, uma vez que influenciará, de forma marcante, a construção do próprio discurso, porque, quando aqui se fala do aludido princípio, não se está analisando na perspectiva da norma mais favorável, e sim numa visão mais abrangente do homem, porque, como bem disserta Pinto (1997, p. 63).

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando “se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.

Immanuel Kant (2003) tenta construir um direito universalmente aplicado, ao abordar os requisitos de ação humana, e estabelece, de forma cristalina, o próprio conceito de pessoa humana dentro do direito: a célebre definição de que o homem deve “ser um fim em si mesmo e nunca como meio”, o que, de fato, na análise final dos imperativos categóricos, leva à

construção da figura do homem como ser de dignidade, devendo ser visto e respeitado em sua totalidade, sendo destinatário final de toda proteção do Estado, e nunca objetivado.

E esse homem visto numa dimensão integral deve ser levado em consideração, ao analisar a incidência ou aplicação do princípio *pro homine* no âmbito interno da legislação brasileira. Essa ação, defendida por Kant (2003) nas ações tanto dos indivíduos quanto do Estado, deve sempre se pautar pela aplicação das máximas, no sentido de universalizar a proteção e tutela. Pessoa, então, é aquela que deve ser vista na sua dimensão estrutural integral, possuidora de dignidade. O trabalho como ato humano deve assegurar à pessoa a sua plena liberdade. Considerando suas relações interpessoais, o princípio *pro homine* assume suma importância ao dar a resposta ao que é estar protegido.

Por outro lado, para Almeida (2015), o conceito de homem e pessoa é necessário para buscar uma unidade integralizadora, visto que, pelo trabalho, o homem se constrói e se reafirma. Por isso, há necessidade de pensar, numa visão mais totalizante e abrangente, esse homem que está posto no mundo.

A pessoa humana que trabalha é uma unidade, ou seja, pessoa, cidadão e empregado, e a cada uma dessas dimensões correspondem determinados direitos – direito da pessoa, direitos da cidadania e direitos do empregado –, respectivamente, o que significa que tomar o ser humano que trabalha como pessoa significa a valorização dos direitos humanos e fundamentais que concernem à pessoa humana por si mesma (Grifos do autor).

Assim, o homem deve ser tomado como aquele que é ser humano, por isso os atributos pertencentes a sua personalidade devem ser assegurados. Percebe-se, então, que, na reflexão do princípio *pro homine*, é preciso pensar o próprio ser humano na relação de trabalho como aquele que deve ser analisado na condição de pessoa portadora de uma integralidade estrutural e fim em si mesmo, porque tal princípio deve, de fato, abranger maior totalidade na esfera trabalhista, pois aqui se delimita essa área de reflexão.

Estabelecidas essas premissas de reflexão, então o que significa estar protegido no mundo do trabalho, tendo em vista as políticas de desregulamentação e desconstrução que se instalam no nosso ordenamento jurídico?

Robert Castel (2012, p. 189) afirma que se assiste uma construção de política social no sentido de retrocesso, de retirada de direitos que foram conquistados com lutas, por isso precisa pensar realmente o que significa estar protegido.

En efecto, [...] se assiste a una transformación de los sistemas de protección social en el sentido de una limitación de su jurisdicción. Las prestaciones son cada vez mas concebidas bajo condiciones de recursos a públicos que deben experimentar dificultades particulares para ser socorridos. Esta instrumentalización asistencialista de la protección social, sin embargo, no da más que una respuesta muy restrictiva a la pregunta ¿Qué significa estar protegido?

A proteção social que garanta a pessoa humana em sua relação de trabalho a realização integral é condição de efetivar a própria humanidade de cada ser humano, ou seja, como afirma Castel (2012), é condição de cidadania. O que se percebe é que estar protegido é estar amparado pelo Estado por meio de mecanismos públicos de proteção social que efetive a condição de cidadania de cada pessoa humana.

Pelo princípio *pro homine* no sentido de apresentar a proteção social do trabalhador, tendo em vista que, por esse princípio, se busca pensar o homem na sua dimensão integral. De fato, os direitos sociais considerados como de segunda dimensão concedem aos indivíduos acesso às prestações sociais que devem ser propiciadas pelo Estado, tais como assistência social, saúde, educação e trabalho. Por serem prestações positivas, a sua eficácia está condicionada aos recursos do Estado.

De acordo com Novais (2010, p. 90) “[...] dizia-se, na primeira jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que cunhou a expressão, que a ‘reserva do possível’ que afetava os direitos sociais os limitava àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade”. São também consagradas nessa dimensão as liberdades sociais, tais como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, assim como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Esses direitos passam a ser contemplados por um número considerável de constituições do pós-guerra, no século XX, e têm por objetivo atingir a igualdade, mas agora em sentido material. Impende ressaltar que os direitos sociais, no seu sentido amplo, assim como os direitos da primeira dimensão, são direitos individuais, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos (SARLET, 2007).

Estar protegido é ter assegurado a todos os trabalhadores o acesso a todos os direitos sociais, evitando a limitação de acesso ao Judiciário, o que a reforma trabalhista buscou trazer entaves a esse acesso por meio de diversos mecanismos velados, como honorários sucumbenciais, entre outros.

O bem-estar social deve ser o fim último de todas as ações do Estado. A proteção social é um dos mecanismos em que o Estado efetiva um de seus objetivos, pois *los derechos sociales ‘aseguran’ a los individuos contra los principales riesgos [...] que amenazan con desconectarlos del curso ordinário de los intercâmbios sociales* (CASTEL, 2012, p. 198), ou seja, pelos direitos sociais garantidos, os homens se fazem parte das mudanças e transformações sociais. Estar protegido é estar garantido na participação dessa mudança social positiva.

Para Castel (2012), estar protegido é quando o Estado assegura a todos as pessoas (e aqui transportamos para o mundo do trabalho) e a todos os trabalhadores mecanismos

legislativos que efetivem o acesso e gozo dos direitos sociais, principalmente os atinentes à cidadania, pensando a função do trabalho como condição de cidadania.

O princípio *pro homine* nessa perspectiva se apresenta como um eficaz instrumento de efetividade dos direitos sociais, uma vez que estabelece diretrizes de proteção integral do homem na sua dimensão integralizadora, apresentando o homem não somente na dimensão de trabalho de produzir, mas num trabalho que tome o homem como ser social e, por isso, precisa ser digno; um homem que se constrói no cotidiano, tornando-se cada vez mais independente. *El individuo no es dado sino construido, y la historia social nuestra sin lugar a dudas que esta construcción de un individuo moderno independiente fue ampliamente posibilitada por la generalización de la protección social* (CASTEL, 2012, p. 205).

Em linhas gerais, conseguiu-se dar uma resposta à pergunta o que é estar protegido. Passemos ao segundo questionamento: de quem estar protegido?

DE QUEM ESTAR PROTEGIDO? AS POLÍTICAS DE DESREGULAMENTAÇÃO TRABALHISTA

A construção da resposta ao questionamento: De quem estar protegido? perpassa por um caminho de reflexão numa dupla dimensão: primeiro, uma proteção contra ações dos indivíduos, ou seja, numa escala horizontal; segundo, contra ações do Estado, numa escala vertical.

Nesse sentido, dois pontos serão importantes destacar: a ação da livre iniciativa privada e as políticas de *flexiseguridades* adotadas em nível mundial e nacional, principalmente aquelas adotadas pela Europa, mas cientes de um diferencial entre o Brasil e a Europa: esta possui um controle constitucional eficaz no sentido de que o Tribunal Constitucional Europeu tem jurisdição eficiente, com poderes para frear e punir os Estados-partes da União Europeia, quando há infringência a direitos ou princípios erigidos na Carta Social europeia; aquele, infelizmente, não tem esse mecanismo, ficando adstrito à ação interna dos STF. Insta destacar que se tem a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a que o Brasil está submetido, mas o acesso é limitado a entes jurídicos.

Como acenado anteriormente, a reflexão sobre o princípio *pro homine* deve romper com a clássica interpretação de que se restringe ao uso da norma mais favorável ao empregado, uma vez que esta trata de previsão existente na norma nacional, na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo aplicada quando houver aparente antinomia entre normas. O princípio *pro homine* vai além, ao analisar o trabalhador, e não somente a norma que tenta proteger.

Nessa perspectiva, para fundamentar a argumentação quando se pensa em tal princípio, afirma-se não se tratar da norma mais favorável, mas de uma análise ampliativa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, uma vez que, conforme ressaltam Almeida e Almeida (2017) e Gomes (2007), é preciso pensar na perspectiva ampliativa.

Nunes afirma que o Estado teria assumido uma posição quase que invisível ante o capitalismo, já que tem adotado postura somente sancionadora. De acordo com este autor, “As representações liberais do *estado* e do *direito* reduzem o estado ao papel de *defensor da ordem*, cometendo ao direito a função de sancionar as relações sociais decorrentes do *exercício da liberdade individual*” (NUNES, 2008, p. 49).

Todavia, essa visão de passividade teria que ser superada, eis que, no Estado Democrático de Direito, o Estado passa da função de sancionador para buscar ser mais ativo, tentando assumir uma função de regulamentador das ações individuais, estabelecendo limites, sejam nas liberdades individuais, e respeitando tratados internacionais de direitos humanos, seja nas liberdades individuais das pessoas jurídicas, principalmente em face do capitalismo de produção.

De quem estar protegido hoje nessa via dupla é ter assegurado, por intermédio do Direito, o pleno exercício das liberdades individuais constitucionalmente asseguradas, não encampando a teoria do Estado mínimo.

Para Nunes (2008, p. 65),

No que tange ao papel do Estado perante a economia e perante a sociedade, os neoliberais defendem que as economias capitalistas tendem espontaneamente para o equilíbrio de pleno emprego em todos os mercados, pelo que não precisam de ser equilibradas, sendo desnecessárias as políticas anti-cíclicas e sendo desnecessárias e inconsequentes as políticas de combate ao desemprego, que não conseguem eliminá-lo e geram inflação.

Ao Estado cabe a proteção dos cidadãos ante o mercado capitalista de produção e de consumo por meio de sua posição ativa de criar e estabelecer políticas que limitem essas ações desenfreadas.

Entretanto, assistimos a uma ação global, como afirma Joaquin Perez-Rey (2014, p. 1697-1701), a uma política global de *flexiseguridade* adotada pelas grandes nações, quer na Europa, quer nos Estados Unidos; quer no Canadá, quer na América Latina.

As reformas laborais ocorridas no início do século XXI se caracterizam principalmente pela desregulamentação e pela flexibilização. De fato, esquece-se de que o direito do trabalho protege o trabalhador e o mercado simultaneamente. Ele dá segurança a ambas as partes.

Para Alain Supiot ([s.d]), “As reformas do mercado de trabalho impostas na maioria dos países europeus têm se mantido circunscritas ao velho modelo e limitadas a piorar as condições para aqueles que se encontram nas classes mais pobres”.

Estar protegido do Estado no sentido de que não sejam adotadas políticas de desregulamentação e flexibilização de direitos já alcançados é o caminho apontado pelo direito internacional mediante convenções e tratados internacionais de direitos humanos. Ao buscar dar uma resposta à proteção contra o Estado, responde-se à terceira indagação: Como estar protegido?

COMO ESTAR PROTEGIDO? O PRINCÍPIO PRO HOMINE COMO INSTRUMENTO DE AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS

Como já reafirmado anteriormente, este estudo tem por foco a reflexão dos princípios *pro homine*, vedação ao retrocesso, vedação à inação, e da progressividade numa perspectiva de tutela integral do homem no âmbito trabalhista, tomando-o em sua construção existencial e essencial, por meio do conceito de pessoa finalística, dando resposta a três questões cruciais: O que é estar protegido? De quem estar protegido? E como estar protegido?

O caminho a ser construído ao final da resposta de como estar protegido é um caminho ambivalente que passa por uma reconstrução da consciência coletiva de categoria, resgatando a função precípua do sindicato como órgão de representação da classe, uma busca na aplicação e efetivação dos tratados de direitos humanos, efetivando o disposto no artigo 4º, inciso II, artigo 5º, § 2º e 3º, todos da Constituição Federal de 1988.

O papel do sindicato na reestruturação de consciência de classe

No Estado Democrático de Direito, o ser humano tem ocupado o centro das reflexões do direito no plano internacional, tendo em vista que é necessária a humanização do Direito, analisando o homem como possuidor de dignidade plena, incondicionada.

O ser humano passa a ocupar, em nossos dias, a posição central que lhe corresponde, como *sujeito do direito tanto interno como internacional*, em meio ao processo de *humanização* do Direito Internacional, o qual passa a se ocupar diretamente da identificação e realização dos valores e metas comuns superiores (TRINDADE, 2006, p. 17).

Mas qual o papel do sindicato?

De acordo com Claus Öffe (1989), o primeiro passo é a reestruturação sindical para a construção de uma sociedade com consciência de classe, uma vez que se tem implantado nos mais jovens a noção de que os sindicatos não mais representam os interesses da classe, mas uma forma de solução financeira da diretoria. O fato é que a crise do sindicalismo, na realidade, é um fenômeno global. Aparentemente, a ideia de uma luta de classes, que opõe patrões e empregados, não parece ser aceita pela sociedade. Haveria tensões interclasses, o que implicaria um declínio do movimento sindical.

O segundo ponto, afirma o mesmo autor, é que os jovens têm se interessado mais pelos movimentos sociais em massa do que pelas estruturas organizadas. O ceticismo “[...] observado nos jovens com respeito à organização sindical já pode ser interpretado, sem maiores objeções, como indicador de uma *crise de identificação na consciência dos trabalhadores [...]*” (1989, p. 114).

No caso do Brasil, essa crise se assola por meio da Reforma Trabalhista, sendo possível identificar-se a tentativa massivamente orquestrada de se deslegitimar o papel social do sindicato, gerando a desconfiança da população, atribuindo-se a ele, de certa forma, uma parcela de responsabilidade pela crise do desemprego e tentando mostrar que os sindicatos teriam se transformado em plataformas políticas de grupos de esquerda, mas concomitantemente fortalecendo o mecanismo da negociação. Ou seja, por um lado, implanta-se uma consciência de que o sindicato não mais representaria a classe e, ao mesmo tempo, se fortalece o papel das negociações coletivas e individuais de trabalho.

Claus Öffe (1989, p. 121) afirma que os sindicatos possuem mecanismos que permitem reascender sua função institucional pela chamada política sindical. São três os mecanismos ou planos de ação: “(a) plano de acordo coletivo, (b) plano da política e dos acordos nas empresas, e (c) plano da influência política sobre os atores da política estatal [...]”. É justamente ao terceiro plano que os sindicatos no Brasil têm recebido críticas, no sentido de um emparelhamento com os partidos políticos, diferentemente do que aconteceu na Europa, com a formação da consciência de classe e a luta política de afirmação (HOBBSAWN, 2015).

Vale pensar o caminho apontado por Claus Öffe (1989, p. 129): primeiro, uma ruptura política, com mais autonomia e representação da classe operária; depois, a necessidade de

[...] reconquistar o terreno perdido (não irrevogavelmente) em uma “fuga para frente”. Para tanto, não bastaria apenas a tentativa de unificação dos interesses de trabalhadores privilegiados e desprivilegiados no plano político e no da negociação coletiva, também não só na tentativa adicional de estabelecer uma representatividade sindical conjunta para empregados e não empregados.

Assim, o sindicato, além de representar a classe privilegiada de trabalhadores sindicalizados, representaria o “direito ao trabalho profissional”.

Os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal de 1988

Na construção do caminho para se alcançar a resposta ao questionamento “como estar protegido?”, o segundo passo é precisamente a busca de integração dos tratados internacionais de direitos humanos, por intermédio de seus princípios com a legislação infraconstitucional e com a própria Constituição brasileira.

Para Oscar Ermida-Uriarte (2011, p. 134), o Direito do Trabalho já teria nascido constitucional e internacional. Assim, ele afirma:

O Direito do trabalho nasceu constitucional, e os direitos trabalhistas são constitucionais e, portanto, direitos humanos e fundamentais, na ordem jurídica, desde esse momento. [...]

O Direito do Trabalho também nasceu internacional, e os direitos fundamentais que vão sendo consagrados – reconhecidos, mais que consagrados –, reconhecidos internacionalmente, datam daquele momento.

Nesse sentido, três tratados são de máxima importância para buscar a forma de estar protegido, tendo em vista algumas disposições na Constituição da República de 1988: o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1964, ratificado no Brasil pelo Decreto-Lei n.º 591/92 e a Convenção Americana de Direitos Humanos ratificada no Brasil pelo Decreto-Lei n.º 678/92.

A construção da resposta de “como estar protegido?” passa pela leitura integralizada desses três tratados internacionais, tendo o princípio *pro homine* como instrumento de integralização.

Nesse sentido, o homem tutelado na perspectiva do princípio *pro homine* é aquele que tem a garantia de proteção integral no âmbito trabalhista, uma vez que, por meio da hermenêutica interpretativa ampliativa, buscará, com base na legislação vigente, reconhecer o homem na sua dimensão totalizante, retirando o aspecto econômico.

Por força do princípio interpretativo *pro homine* cabe enfatizar: quando se tratar de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse direito; quando, ao contrário, estamos diante de restrições ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições (em outras palavras: a que assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito) (GOMES, 2007, [s.p]).

O Brasil, em face do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assumiu um compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades do homem.

Em suma, três são as responsabilidades adotadas pelo Brasil ante o pacto: respeitar, proteger e realizar.

Para Roland Gialdino (2013, p. 94):

La dignidad de todos los miembros de la familia humana mencionada dos números antes, por ser “inherente” a éstos, tal como señala el propio PIDESC recogiendo la impronta de la Declaración Universal, nos formula dos mensajes, entre muchos otros.

Por el primero, nos dice que los derechos y libertades de nuestro tratado, al derivar de una condición intrínseca de ser humano, la dignidad son anteriores a su texto. [...] El segundo mensaje da cuenta de una realidad incontrastable. Hablar de derechos económicos, sociales y culturales, no es hacerlo de lo que concierne a una “parte” o “sección” del individuo. El PIDESC tratará sólo algunos derechos, si, pero de una persona humana considerada en su integridad.

O artigo 2º do PIDESC traz tanto os compromissos dos países para a efetivação dos direitos humanos quanto alguns princípios que foram adotados em diversos outros tratados, inclusive na Constituição da República, tais como os da progressividade, vedação à inação, vedação ao retrocesso.

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.
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.
3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais (Grifo nosso).

O Brasil, ao ratificar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assumiu, nacional e internacionalmente, o compromisso de proteger, respeitar e efetivar os direitos no pacto previsto. O artigo 2º do Pacto é de uma clareza e riqueza de obrigações assumidas pelos Estados contratantes. “*La naturaliza de las obligaciones previstas en el PIDESC há dado lugar a una elaboración que las ordena bajo três tipos, viz, obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos (1).*” (GIALDINO, 2013, p. 95).

Quando se fala da obrigação de respeitar, Roland Gialdino (2013) afirma que o Estado deve abster-se de intervir nas atividades privadas das pessoas, grupos, famílias, no sentido de limitar o gozo dos direitos constitucionalmente garantidos e os previstos nos tratados internacionais, adotando inclusive medidas que permitam o acesso a esses direitos.

Pela obrigação de proteger, o Estado tem a incumbência de adotar medidas legislativas que não limitem o gozo dos direitos de liberdades, devendo adotar medidas de proteção social e proteger os cidadãos do livre mercado. O Estado tem a obrigação de “[...] *a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este pacto*” (GIALDINO, 2013, p. 102).

Por fim, na obrigação de realizar, para Gialdino (2013), o Estado deve garantir o gozo dos direitos reconhecidos no Pacto. O primeiro ponto é garantir que todos os cidadãos tenham acesso à justiça, para exigir a observância de seus direitos. Nesse sentido, o Estado permitirá o livre acesso e gozo de todos os direitos enunciados no Pacto, bem como a obrigação de aplicar recursos públicos, para que as pessoas tenham uma condição de vida adequada à condição de pessoa humana.

O que se pode perceber é que, ante o Pacto, os Estados assumiram compromissos importantes no âmbito legislativo e executivo. Os princípios erigidos no Pacto, o da progressividade, da vedação à inação e da vedação ao retrocesso, somados ao princípio *pro homine*, terão uma função basilar.

Tais princípios em consonância afirmam que, quando da ratificação do Pacto pelo Brasil, tacitamente existia um mínimo de direitos assegurados. Ou seja, a Constituição de 88 já assegurava um rol exemplificativo de direitos trabalhistas aos cidadãos, pois o Pacto fora ratificado em 1982. Nesse sentido, o Brasil assumiu o compromisso de adotar medidas legislativas, principalmente políticas que ampliassem a proteção dos direitos trabalhistas e sociais, pois o princípio da progressividade dita tal obrigação. Lado outro, o princípio da vedação à inação obriga o Brasil a tomar medidas de proteção progressiva, uma vez que não pode quedar-se inerte. Por fim, o princípio da vedação ao retrocesso estabelece que as políticas a serem adotadas devem ser ampliativas, não podendo ser tomadas aquelas que retiram ou limitam o gozo ou mesmo direitos até então consagrados.

Entretanto, verifica-se que, com a Reforma Trabalhista ocorrida em 2017, foram violados frontalmente os ditames do Pacto, pois se tomaram medidas legislativas que afrontaram o princípio da vedação ao retrocesso e da progressividade.

Pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, novamente o Brasil reafirmou o compromisso de tomar medidas legislativas afim de assegurar a aplicação do princípio da progressividade.

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O disposto neste artigo da Convenção tem o mesmo espírito do disposto no art. 2.º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

É nessa seara que o princípio *pro homine* vem como caminho de tutela integral do ser humano, pois orienta na aplicação de normas que têm maior alcance protetivo na relação de trabalho, tomando o homem não como um mero trabalhador, mas como aquele que, na relação de trabalho, se desenvolve como ser humano, pessoa; por isso, a proteção deve ser integral.

Cleber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida (2017, p. 141), lecionam que, pelo princípio *pro homine*, quando se estiver num impasse ou para solução de uma lide, seja na esfera legislativa, administrativa ou judicial, “[...] que prestigie o capital e, outra, que prestigie a melhoria da condição humana do trabalhador, é esta que deve prevalecer”.

O princípio *pro homine*, por estar erigido em tratados internacionais de direitos humanos, no plano interno tem aplicação imediata, tendo força vinculante, inclusive, embora o Brasil tenha descumprido suas obrigações ante os pactos e tratados, como se assistiu com a Reforma Trabalhista. Segundo Trindade (2003, p. 545), “Os tratados de Direitos humanos beneficiam diretamente indivíduos e grupos protegidos”.

A reflexão sobre a tutela do trabalhador na perspectiva objetiva traçar o caminho da proteção do homem num direito ao trabalho digno. De um lado, o princípio *pro homine* com os princípios da progressividade, vedação à inação e vedação ao retrocesso buscam ampliar a tutela ao trabalhador, analisando-o de forma integral, não somente na sua dimensão de produção, mas também o homem na qualidade de ser humano, por isso precisa dessa tutela especial do Estado. Em consequência desse primado, o homem como pessoa e fim em si mesmo tem o direito ao trabalho digno, assegurando as condições de cidadania e acesso aos direitos e garantias fundamentais e sociais.

Assim, a aplicação de forma irrestritiva do princípio *pro homine* é medida que precisa ser adotada pelos tribunais, sendo também dever dos operadores do Direito do Trabalho, para buscar aprofundamento na legislação e doutrina. Os princípios da proteção, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso, se conjugados com o princípio *pro homine*, ampliarão consideravelmente os direitos fundamentais trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988, bem como nas demais leis laborais.

Ermida-Uriarte (2011, p. 114), analisando a Constituição Federal de 1988, assim preleciona:

A Constituição Brasileira, como poucas, fornece base jurídica para desenvolver um pensamento fundado em direito. Vejam só que expressão: o Estado brasileiro “está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. Art. 1º: Fundamentos da República: “(...) a dignidade da pessoa humana”, que é a base dos direitos humanos e trabalhistas; “(...) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, entre os fundamentos da república. O art. 3º, quando fala em objetivos fundamentais, diz “(...) construir uma sociedade livre, justa e solidária”, valores próprios dos direitos sociais; (...) reduzir as desigualdades sociais e regionais” Art. 4º: Princípios nas Relações Internacionais: “II – prevalência dos direitos humanos”. [...]
Gostaria de chamar a atenção para o fato de que na Constituição brasileira, como em poucas que tive a oportunidade de revisar, ainda há uma base jurídica, normativa, positivista, para desenvolver um pensamento fundado nos direitos, não nas exceções.

Se a Constituição Federal brasileira afirma que devem prevalecer os direitos humanos, somados a isso os tratados internacionais de Direitos humanos que foram ratificados, a resposta à pergunta de “como estar protegido?” passa pela aplicação da Constituição, dos tratados e pactos internacionais de direitos humanos valorizando a figura do sindicato, uma vez que é órgão de representação de defesa dos direitos coletivos dos trabalhadores.

O medo e o desconhecimento da legislação internacional devem ser superados, para buscar ampliar a aplicação do princípio *pro homine*. Ainda na lição de Mazzuoli (2016), por esse princípio deve-se buscar o diálogo das fontes normativas, sejam quais forem as esferas, objetivando mais amplitude de incidência dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, após essas reflexões sobre o princípio *pro homine* como instrumento de integração e de proteção integral do ser humano na relação de trabalho, somado a princípios elencados em outros tratados e de direitos humanos, concluiu-se que se objetivou assegurar ao homem a sua proteção integral em face do livre mercado e das políticas de desregulamentação.

“O que é estar protegido?”, “de quem estar protegido?” e “como estar protegido?” são problemas que devem sempre ter como vértice o homem em sua essência constitutiva. O homem visto com condição de cidadania, como fim em si mesmo, na sua dimensão estrutural existencial, deve ser aquele que o Direito concebe. Ampliar os direitos fundamentais trabalhistas mediante a interpretação e aplicação do princípio em comento é o caminho que deve ser seguido. Assim, quando se fala sobre a possibilidade de aplicação de diversas normas trabalhistas a um caso, deve-se romper com a interpretação de que se está falando da norma mais favorável, pois esta ainda é muito restritiva, uma vez que o princípio *pro homine* vai muito além, pois enxerga o homem/trabalhador como ser humano que merece a tutela especial. Com isso, não se está dizendo que o trabalhador deve ser olhado como um incapaz, mas que, em face do capital, está numa situação de hipossuficiência.

De fato, o princípio *pro homine*, como parâmetro de ampliação dos direitos fundamentais trabalhistas, terá como função evitar o retrocesso, bem como o rompimento da interpretação da norma mais favorável, mas analisando o homem em sua relação de trabalho por meio de uma visão totalizante, um homem que precisa ser reconhecido em toda a sua dimensão estrutural e social, buscando, ao final, dar maior proteção ao homem que trabalha.

REFERÊNCIAS

ALBANESE, Susana. **Garantías judiciales**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla preferencia normativa 1/33**. Disponível em: http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro-homine-2015_-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf. Acessado em: 30 maio 2018.

ALMEIDA, Cleber Lucio de. Por um Direito do Trabalho de Segunda Geração: Trabalhador Integral e o Direito do Trabalho Integral. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, n. 91, Belo Horizonte, jan./jul. 2015. p. 235-256.

ALMEIDA, Cleber Lucio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. Princípios do Direito do Trabalho: primeira, segunda e terceiras dimensões. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Tópicos contemporâneos de Direito do Trabalho: reflexões e críticas**. v. 2. Belo Horizonte: RTM, 2017.

CASTEL, Robert. **El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012.

ERMIDA-URIARTE, Oscar. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n.2, abr./jun. 2011.

GIALDINO, Rolando E. *Obligaciones del Estado ante el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. São Jose da Costa Rica, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa "pro homine". **Revista Jus Navigandi**, ano 12, n. 1485, Teresina, jul.2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10200>. Acesso em: 01 jun. 2018.

HOBSBAWM, Eric. **Mundos do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 167, jan./fev. 2016. p. 169-182.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Antônio José de Avelãs. **O estado capitalista**. Mudar para permanecer igual a si próprio. OLIVEIRA NETO, Francisco *et al* (Orgs.). Constituição e Estado Social. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 49-81.

PEREZ-REY, Joaquín. Precarización de las relaciones de trabajo. In: BAYLOS-GRAU, Antonio Pedro. Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social. Madrid: Tirant lo Blanch, 2014.

ÖFFE, Claus. **Trabalho e sociedade**: problemas estruturais e perspectivas para o futuro do trabalho. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPIOT, Alain. **Lei e trabalho**: um mercado mundial de regras. Trad. Rinaldo José Varussa. Disponível em: http://newleftreview.org/article/download_pdf?language=pt&id=2618. Acessado em: 15 jan. 2018

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.