

ISBN 978-65-993343-0-6



# *Direito Comparado* **do Trabalho** *no mundo globalizado*



**EXCOLA**  
EXCELÊNCIA EM FORMAÇÃO SOCIAL

**GRUPE**  
Grupo de Estudos em Direito do Trabalho

## **Organizador**

**Francisco Gérson Marques de Lima**

## **Co-autores**

- Aline Lorena M. Moreira
- Ariadna Fernandes Silva
- Cássio Casagrande
- Charles da Costa Bruxel
- Clovis Renato Costa Farias
- Gabriel Lima Valentim
- Ivo Dantas
- Maria Ervanis Brito
- Mônica de Sá Pinto Nogueira
- Rafael Henrique Dias Sales
- Regina Sonia Costa Farias
- Thiago Pinheiro de Azevedo

**Apoio: PPGD**  
**Universidade Federal do Ceará**

## **Direito Comparado do Trabalho: no mundo globalizado**

Esta obra consiste em coletânea de artigos acadêmicos elaborados pelos integrantes do GRUPE-Grupo de Estudos em Direito do Trabalho e pelo(a)s aluno(a)s do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Universidade Federal do Ceará (UFC), sob a orientação do Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima, e por professores convidados.

A obra dá sequência ao Seminário de Direito Comparado do Trabalho, ocorrido em 04 e 05.12.2020, por via online.

A diversidade dos temas visa conferir uma visão panorâmica dos desafios atuais do Direito do Trabalho e das transformações que ele vem sofrendo no mundo todo.



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

Doutor, professor da Universidade Federal do Ceará, Subprocurador-Geral do Trabalho, tutor do GRUPE-Grupo de Estudos em Direito do Trabalho, membro fundador da Academia Cearense de Direito do Trabalho, membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas

# **Direito Comparado do Trabalho** no mundo globalizado

Fortaleza, 2020

---

## Título: Direito Comparado do Trabalho, no mundo globalizado

---

### Conselho Editorial:

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

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

Ivo Dantas (Doutor, Professor, PPGD-UFPE)

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

Regina Sonia Costa Farias (Mestre, Professora no Ceará)

Dados cadastrais: armazenados na Excola.

---

Esta obra resulta de Projeto de produção acadêmica dos membros do GRUPE-Grupo de Estudos em Direito do Trabalho e de alunos da Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará (Brasil), como resultado do Seminário de Direito Comparado do Trabalho, realizado em 04 e 05.12.2020, online, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima.

A publicação se dá pela Excola Social (Registro de prefixo editorial nº 65-81313), unicamente no modo online.

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

Publicação: Excola Social (co-editor), 2020, CNPJ 24.792.230/001-07

Rua Monsenhor Bruno, 1153, sala 1705, Aldeota

CEP 60.115-191, Fortaleza, Ceará, Brasil

Endereço eletrônico: [www.excolasocial.com.br](http://www.excolasocial.com.br)

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

Foto de capa: Retirantes, de Portinari.jpg;

### Dados internacionais de catalogação da publicação na fonte (CIP)

M838d

Direito Comparado do Trabalho, no mundo globalizado / Aline Lorena Mourão Moreira [et al.] Org. Francisco Gérson Marques de Lima. Fortaleza : Excola Social, 2020.

ISBN 978-65-993343-0-6

Vários autores

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

CDD 344

Publicação eletrônico-digital: [www.excolasocial.com.br/livros](http://www.excolasocial.com.br/livros)

“A não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.”

***Constituição da OIT, 1946.***



# Sumário

## Apresentação

### Capítulo 01

**Aline Lorena Mourão Moreira**

ESTUDO DE DIREITO COMPARADO DO TRABALHO: ANÁLISE CRÍTICA DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO NOS ESTADOS UNIDOS, FRANÇA E BRASIL .....9

### Capítulo 02

**Ariadna Fernandes Silva**

**Mônica de Sá Pinto Nogueira**

CONTRATO DE EMPREGO COMPARTILHADO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NO DIREITO BRASILEIRO..... 33

### Capítulo 03

**Cássio Casagrande**

LITIGÂNCIA TRABALHISTA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EM PERSPECTIVA COMPARADA..... 61

### Capítulo 04

**Charles da Costa Bruxel**

CRITÉRIO PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE CONTEÚDO ENTRE A NORMA NEGOCIADA E A LEGISLADA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL, URUGUAI E ARGENTINA..... 81

### Capítulo 05

**Clovis Renato Costa Farias**

MODELOS ESTRUTURAIS DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA ESPANHA E NA ARGENTINA..... 101

### Capítulo 06

**Francisco Gérson Marques de Lima**

DESCONTOS SALARIAIS DOS DIAS PARADOS EM DECORRÊNCIA DE GREVE: BRASIL E DIREITO COMPARADO DO TRABALHO..... 137

## **Capítulo 07**

**Francisco Ivo Dantas Cavalcanti**

TEORIA E PESQUISA EM HISTÓRIA E DIREITOS COMPARADOS ..... 171

## **Capítulo 08**

**Gabriel Lima Valentim**

A GREVE POLÍTICA NO BRASIL E EM PORTUGAL: UM ESTUDO  
COMPARADO .....203

## **Capítulo 09**

**Maria Ervanis Brito**

ANÁLISE COMPARATIVA DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO POR  
MEIO DE VIDEOVIGILÂNCIA NO AMBIENTE LABORAL NO BRASIL E  
ESPANHA .....221

## **Capítulo 10**

**Rafael Henrique Dias Sales**

O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E NOS EUA: UMA  
COMPARAÇÃO NECESSÁRIA PARA DESMISTIFICAR A SUPOSTA  
INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO TRABALHISTA ESTATAL EM SOLO  
NORTE-AMERICANO.....243

## **Capítulo 11**

**Regina Sonia Costa Farias**

GRATIFICAÇÃO NATALINA: DO COSTUME À NORMATIZAÇÃO NO  
BRASIL E ARGENTINA: UM DIREITO INTOCÁVEL? .....277

## **Capítulo 12**

**Thiago Pinheiro de Azevedo**

BREVE ABORDAGEM SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NAS  
LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E URUGUAIA.....307

# Apresentação

O Direito Comparado assume nova posição de destaque, considerando as facilidades que a tecnologia e a interconectividade oferecem ao pesquisador, propiciando acesso a fontes seguras de pesquisa em tempo muito mais rápido do que acontecia até os anos 1980, por exemplo, quando as informações sobre a legislação dos países e à jurisprudência estrangeira eram mais difíceis de obtenção. Mesmo as obras doutrinárias e os artigos científicos, consubstanciados em documentos de papel, revistas e periódicos impressos, de circulação limitada e demorada, dificultavam a celeridade e a constatação da fonte pelos pesquisadores.

Hoje, é mais fácil ter acesso à jurisprudência dos vários tribunais espalhados nos diversos países e na legislação constante dos sites oficiais dos Governos, garantindo maior segurança na verificação da fidedignidade das fontes. Quase tudo pode ser analisado em tempo real, desde sessões de julgamentos, debates parlamentares, notícias sobre os impactos da legislação e das decisões dos tribunais. A consulta doutrinária também está facilitada, quer porque as obras de grandes autores comparativistas foram democratizadas em livrarias digitais, quer porque as revistas eletrônicas ganharam espaço considerável na grande rede de *internet*. A produção científica das revistas e periódicos acadêmicos, com o rigor metodológico inerente à academia, também se tornou muito mais acessível, pelas mesmas razões.

A par da facilitação nas fontes de pesquisa, não se pode deixar de considerar as informações obtidas pela imprensa internacional e localizada, com as manifestações sociais e outros meios alternativos de comunicação, verificáveis nas redes sociais, as quais, não obstante os cuidados metodológicos da investigação, podem servir para demonstrar aspectos econômicos, sociais e políticos da aplicação do Direito nas diversas nações. Sim, é importante saber como a legislação chega ao povo, seu destinatário, e como ela é recepcionada. Estes

aspectos materiais muitas vezes revelam um lado escondido dos textos legais, inanimados que são, ativados pela aplicação prática.

Essa ampliação dos meios de comunicação serve para a universalização de certos conceitos e institutos, aproximando sistemas jurídicos, econômicos e sociais, e criando pontes outrora inexistentes.

No campo trabalhista, em que se faz mister considerar a recente mudança estrutural do modelo produtivo em escala mundial, com repercussão direta nas relações de consumo e nas de trabalho, o estudo do Direito Comparado se torna fundamental.

Quando o mundo discute se a uberização envolve relação de emprego, quais proteções se devem assegurar no trabalho intermitente, como se dá o tratamento no combate ao assédio moral ou a forma que os diversos ordenamentos e a jurisprudência aplicam no asseguramento a um meio ambiente do trabalho sadio, além da estruturação das relações sindicais e dos mecanismos autocompositivos, compreende-se que o método comparativo, aplicado ao Direito do Trabalho, assume considerável relevância.

No referente aos instrumentos de pesquisa, ainda referentes ao Direito do Trabalho, tornaram-se mais amplos, pelas razões explicadas no início desta apresentação, ao que se adicionam os diversos estudos, manuais, orientações e outros documentos da OIT-Organização Internacional do Trabalho, muitos dos quais constituem fontes importantes para o estudo comparativista.

Foi ciente destes aspectos que o GRUPE-Grupo de Estudos em Direito do Trabalho e o Programa de Pós-Graduação em Direito, ambos da Universidade Federal do Ceará (UFC), somaram forças para realizar esta primeira pesquisa de Direito Comparado do Trabalho, que sequenciou o Seminário de Direito Comparado do Trabalho, realizado nos dias 04 e 05.12.2020, via online.

Tenham todo(a)s uma boa e profícua leitura.

Fortaleza, dezembro de 2020.  
Professor Doutor Francisco Géron Marques de Lima

# Capítulo 01

## ESTUDO DE DIREITO COMPARADO DO TRABALHO: ANÁLISE CRÍTICA DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO NOS ESTADOS UNIDOS, FRANÇA E BRASIL

**Aline Lorena Mourão Moreira<sup>1</sup>**

**Resumo:** Com a aceleração do processo globalizatório no século XXI, acarretando a interdependência cada vez mais estreita entre as nações, muito frutífero se mostra o estudo do direito estrangeiro, através do método comparativo. Do surgimento de novas relações trabalhistas na Indústria 4.0, como a dos motoristas de aplicativo, advêm questionamentos transnacionais cruciais para se compreender o futuro do direito do trabalho, tais como: seria o motorista de aplicativo trabalhador empregado ou autônomo? O presente estudo busca trazer uma visão mais ampla e crítica acerca do assunto, a partir do Direito Comparado do Trabalho. Utiliza-se o método comparatista, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, explorando-se como a temática vem sendo tratada nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Conclui-se através do estudo que se mostram de fundamental importância as lutas e manifestações da categoria, por melhores condições de trabalho, no processo de reconhecimento e/ou regulamentação de seus direitos.

**Palavras-chave:** Direito Comparado do Trabalho; UBER; trabalhador de plataformas digitais; novas relações de trabalho.

---

<sup>1</sup> Auditora-Fiscal do Trabalho, especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela UCAM/RJ, mestranda em direito Constitucional pela UFC.

## 1. Introdução

Com a intensificação da globalização e, em consequência, a interdependência cada vez mais estreita entre as nações, se faz ainda mais necessário ter um conhecimento “global” acerca dos institutos jurídicos, da legislação de outros países, obtendo-se uma visão mais ampla do objeto de análise, através do método comparativo. Como já enfatizava PEREIRA, *“o Direito Comparado é a grande seara jurídica desta metade do século XX”*. (PEREIRA, 1955, p.35).

Entende MEIRELES que a relação entre comércio internacional e regulação trabalhista ganha notoriedade no contexto de economia globalizada, podendo daí surgir muitos conflitos de racionalidade jurídica (MEIRELES, 2016, p.36). Nessa conjuntura, o contexto da nova economia conduz a que o direito laboral seja inevitavelmente global e não apenas limitado a cada Estado, em particular. Muito importante se torna, por conseguinte, o Direito Comparado do Trabalho, quando se verifica essa tendência de universalização dos conceitos no campo da ciência jurídica. Para DANTAS, impossível será negar-se umas das características do mundo contemporâneo, qual seja, a difusão de soluções jurídicas cada vez mais aproximada pelos diversos Estados.

No entender de CASTILHO, *“en la actualidad y bajo los procesos de globalización y los planteamientos de universalidad el derecho comparado se ha convertido en un elemento importante para la solución de conflictos jurídicos”* (CASTILHO, 2001, p.73).

Refletindo acerca da nova morfologia do trabalho, ANTUNES assevera que *“como o capital é um sistema global, o mundo do trabalho e seus desafios são também cada vez mais mundializados, transnacionalizados e internacionalizados”* (ANTUNES, 2005, p.31).

À vista disso, verifica-se que, com o avanço das novas tecnologias, que acarretam mudanças profundas na forma de organização empresarial, no modo de vida das pessoas, mais ainda se percebe a importância do estudo comparado no âmbito do Direito. No século XXI,

surgem novas formas de trabalho, produto da Indústria 4.0, e, em todo o mundo, realiza-se a discussão acerca do trabalho em plataformas digitais. Seria tal trabalhador empregado ou autônomo?

Para se chegar a uma melhor compreensão da temática, de muita utilidade se faz o Direito Comparado do Trabalho, buscando-se, no presente trabalho, trazer uma visão mais ampla e crítica do assunto e como os Estados Unidos, a França e o Brasil têm cotejado a questão.

No primeiro capítulo, far-se-á uma breve explanação acerca do Direito Comparado do Trabalho, utilizando-se de seu método comparatista para melhor compreensão das novas formas de trabalho, em especial, a dos motoristas de aplicativo. Nos capítulos segundo, terceiro e quarto, far-se-á a análise do tratamento jurídico dado à relação trabalhista, objeto da pesquisa, nos Estados Unidos, na França e no Brasil, concluindo-se que, embora os referidos países tenham enveredado por caminhos diversos, quanto ao tratamento jurídico dessa nova relação de trabalho, em todos têm-se mostrado fundamental as lutas e manifestações da categoria por melhores condições de trabalho. Após manifestações dos motoristas da UBER por diversas cidades pelo mundo, precebe-se a tomada de iniciativas governamentais e parlamentares a fim de solucionar a problemática. Utiliza-se o método comparatista, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, explorando-se como a temática vem sendo tratada nos Estados Unidos, na França e no Brasil.

## **2. O Direito Comparado do Trabalho e a utilização do método comparatista para melhor compreensão das novas formas de trabalho**

Primeiramente, na análise do Direito Comparado, é preciso considerar que o mesmo não se refere apenas a um estudo da “letra da lei”, mas deve englobar o estudo da problemática ou do instituto delimitado também na jurisprudência, na prática contratual, no meio social, bem como na tendência da técnica jurídica. Se refere, em suma,

nas palavras de FACCHINI NETO, ao estudo da comparação “de direito”, e não apenas de “leis”. (FACCHINI NETO, 2013, p.85). Nesse sentido, assevera PEREIRA que “*O Direito, ainda nos países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta*”(PEREIRA, 1955, p.38 ).

Portanto, o desenvolvimento de uma investigação em Direito Comparado deve abranger não apenas o texto da lei, mas todo o conjunto do sistema, abrangendo outras fontes do direito, bem como buscando-se o conhecimento do meio social, do contexto econômico-social em que o fenômeno/instituto está sendo estudado. Deve-se empreender um estudo, nas palavras de DANTAS, que vai muito além daquele instante refletido na norma posta, já que deve analisar “*o quadro geral em que a norma se encontra*” (DANTAS, 1997, p.235)

A análise de uma determinada instituição jurídica, no âmbito do Direito Comparado, se mostra fundamental e de suma importância, na medida em que permite que se conheça melhor o próprio sistema jurídico em que o comparatista se situa. Adverte FACCHINI NETO, ademais, que, por outro lado, é possível se constatar verdadeiras originalidades ou peculiaridades do seu sistema, através do estudo comparativo de experiências jurídicas vivenciadas em outros países (FACCHINI NETO, 2013, p.85). Para o autor, de qualquer modo, os outros sistemas funcionariam como espelhos – vendo-se os outros, pode-se perceber melhor o que somos.

Adverte-nos PEREIRA:

“Não deve, entretanto, manter-se puramente teórico, desenvolvendo-se afastado da realidade da vida. Sem perder o valor de uma ciência pura, nem abandonar as características próprias das investigações mais altas, é igualmente útil e merecedor das maiores atenções quando dirige suas atividades nos propósitos práticos” (PEREIRA, 1955, p.42).

Para se trazer uma visão ampla acerca da problemática mister se faz, portanto, tecer algumas considerações acerca do contexto em que surgem as novas formas de trabalho no século XXI.

## **2.1. A uberização do trabalho: novas relações de trabalho no Século XXI:**

A Quarta Revolução Industrial, que surge na virada do século, possibilita novas formas de organização empresarial, até então desconhecidas. A Economia 4.0 centraliza a atividade econômica em plataformas digitais. O mundo vem mudando rapidamente e de forma profunda e, conseqüentemente, também o processo produtivo empresarial e as formas laborais.

O jornal *The Economist*, em 2014, já equiparava o novo fenômeno da digitalização da economia à Revolução iniciada por Henry Ford, no início do século passado, que combinou linhas de montagem móveis com trabalho em massa, para tornar a construção de carros mais barata e rápida (THE ECONOMIST, 2014).

SCHWAB ressalta que *"estamos no início de uma revolução tecnológica que alterará profundamente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, alcance e complexidade, a quarta revolução industrial é algo que considero diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade"* (SCHWAB, 2019, p.01).

Em face dessas novas transformações, verificam-se variadas formas de organização empresarial, bem como novas formas de trabalho, o que não tem sido acompanhado, de forma concomitante, pelo direito nacional. De acordo com SOARES FILHO, presencia-se a incapacidade do Direito do Trabalho de oferecer respostas adequadas e eficazes às novas demandas e solução justa aos problemas pertinentes às relações laborais, ante as mudanças vertiginosas que ocorrem na modernidade. (SOARES FILHO, 2007, p.46).

O século XXI e o advento da Quarta Revolução Industrial, portanto, trazem novos desafios para a proteção jurídica dos direitos humanos, em especial, os direitos sociais trabalhistas, no âmbito de novas formas de organização empresarial: as empresas de plataformas digitais.

A Economia de Compartilhamento, oriunda das inovações tecnológicas surgidas no início do século XXI, estabelece contornos

que distanciam o trabalho de seus clássicos formatos utilizados durante o século XX (a clássica relação de emprego, que tem sua regulação introduzida na legislação brasileira em 1943, com a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, na época do clássico modelo fordista taylorista de organização empresarial).

De acordo com MARTINS e ALMEIDA , a UBER, apesar de se originar da economia de compartilhamento, desenvolveu um modelo de organização próprio, que acaba por se distanciar das ideias originais da *sharing economy*, ao se pautar pelo lucro. Com o modelo adotado, os motoristas não são apenas compartilhadores de veículos com outras pessoas, mas sim, trabalhadores, os chamados motoristas por aplicativo, que utilizam da plataforma digital da empresa UBER como fonte de renda (primária ou não) (MARTINS e ALMEIDA, 2017, p.56).

Da ideia inicial oriunda da economia de compartilhamento, surge o trabalho sob demanda por aplicativos – work on-demand – que consiste em um termo utilizado para se referir a um dos novos modelos de trabalho surgidos com o avanço tecnológico. Nesse gerenciamento de mão-de-obra, por demanda, ou seja, de acordo com a necessidade dos clientes-passageiros, a UBER destaca-se pela sua rápida expansão por todo o mundo, sendo considerada um dos maiores modelos de work on-demand.

O modelo de organização empresarial da UBER foi tão bem sucedido que vem se espalhando por outros setores, como o de entregas, serviços domésticos etc. O tema vem sendo tão intensamente debatido que os doutrinadores o denominaram “uberização” (da própria economia e, conseqüentemente, também do trabalho), referindo-se não somente à UBER, em si, mas a empresas de vários outros segmentos, que têm se utilizado da mesma forma organizacional, estabelecendo o mesmo padrão de relações de trabalho.

A UBER é uma transnacional, sediada nos Estados Unidos, fundada em 2009 em São Francisco, que utiliza uma plataforma digital online para conectar passageiros com motoristas, que utilizam seus carros privados para o trabalho, sendo os detentores da ferramenta de trabalho. (UBER, 2020). A composição organizacional da UBER, assim,

engloba os passageiros, os motoristas e o aplicativo, a plataforma digital que conecta os motoristas aos passageiros e a UBER ao motorista.

A empresa de aplicativo de transporte ensejou a formação de uma nova categoria de trabalhadores, a de motoristas de aplicativo. A natureza jurídica dessa relação laboral é controversa, tendo sido discutida em todo o globo nos últimos anos, uma vez que, segundo dados colhidos no próprio site da empresa, a mesma já está presente em mais de 900 cidades, em vários países do mundo (UBER, 2020).

Tecendo considerações acerca da temática, FELICIANO e PASQUALETO ressaltam a necessidade e desafio que cabe à Ciência do Direito no Século XXI: o acompanhamento desses novos formatos laborais, a fim de tutelar os direitos humanos fundamentais dos trabalhadores nele inseridos (FELICIANO e PASQUALETO, 2019, p.12).

Diante dessa realidade, utiliza-se na presente pesquisa o método comparatista do Direito Comparado do Trabalho a fim de explorar mais aprofundadamente, e, de forma crítica, como os Estados Unidos, a França e o Brasil vêm enfrentando a uberização do trabalho, analisando-se as semelhanças e as diferenças encontradas, entre os sistemas jurídicos objeto do estudo.

## **2.2. Funções do Direito Comparado**

O método utilizado no Direito Comparado, segundo os doutrinadores, é o comparatista, que, entretanto, não se limita à simples comparação, mas que possui um propósito, um objetivo ou uma finalidade e seu objeto de estudo consiste no direito estrangeiro. Para ASCENSÃO, em síntese, o Direito Comparado não representa nenhum ramo da ordem jurídica, mas simplesmente uma ciência que estuda o Direito utilizando o chamado método comparativo (ASCENSÃO, 1976, p. 9).

A sua finalidade ou propósito, por conseguinte, pode variar, sendo mais teórico, no campo da Filosofia do Direito ou da História do Direito, ou sendo mais prático, aproximando-se da realidade da vida, buscando propósitos práticos.

Para ASCENSÃO, a experiência ensina-nos que há uma riqueza de ordens jurídicas que se cruzam a vários níveis, se relacionam ou se ignoram, mas não se excluem. Os elementos retirados de várias ordens jurídicas, através da delimitação do estudo, são comparados, analisando-se semelhanças e diferenças. (ASCENSÃO, 1976, p.7). É, em suma, o estudo e a pesquisa de um instituto ou ramo do Direito em mais de um sistema jurídico, simultaneamente, para atingir a um resultado ou a um objetivo.

Na pesquisa aqui tratada, como acima já explanado, utiliza-se o Direito Comparado, dentro do ramo justabalhista, traçando-se, por conseguinte, uma micro-comparação, procedendo-se à comparação da Uberização do Trabalho em diferentes ordens jurídicas. Busca-se, através da análise comparativa, obter uma compreensão mais ampla acerca do fenômeno da Uberização do Trabalho, analisando-se, de forma crítica, como a problemática tem sido enfrentada e, solucionada, nos Estados Unidos, na França e no Brasil.

Para ASCENSÃO, o Direito Comparado oferece grandes vantagens, que podemos reduzir fundamentalmente a duas: contribui para o conhecimento do próprio Direito e dá pontos de referência para a Política Legislativa. (ASCENSÃO, 1976, p.8). Objetiva-se no presente trabalho, em suma, delimitando-se a investigação, o conhecimento mais amplo das novas relações de trabalho em plataformas digitais e quais as soluções trazidas à regulamentação dessa nova categoria de trabalhadores, nos países acima citados.

A escolha pelo direito francês foi feito utilizando-se como critério o fato de a Suprema Corte Francesa, ter proferido recente decisão acerca do tema, bem como por se tratar de país também de sistema jurídico com origem romano-germânica (*civil law*), assim como o Brasil.

Recorrendo-se à família de países de origem anglo-saxão, de *common law*, a comparação será feita com o direito norte-americano, uma vez que a empresa UBER tem sede no país e, portanto, trata-se do país pioneiro nesse novo sistema organizacional, denominado pelos pesquisadores de “uberização do trabalho”.

### 3. O tratamento jurídico da uberização do trabalho nos Estados Unidos

Para uma análise da realidade juslaboral americana, é preciso atentar que o sistema legal norte-americano, de *common law*, tem como base o sistema legal desenvolvido a partir da Inglaterra. No sistema de *common law*, distinto dos sistema de origem romano-germânica (modelo de *civil law*), verifica-se que se caracteriza por ser um sistema constituído por seus precedentes judiciais, sua jurisprudência.

Dessa forma, o sistema jurídico norte-americano se formou com base na jurisprudência de seus Tribunais. Conhece-se o sistema através de seus precedentes e decisões judiciais. Assim, para ROCHA, "*a legislação escrita pode ser entendida como algo acidental*" (ROCHA, 2007, p.8).

Adverte o autor, contudo, que, embora tenha se originado no sistema de *common law* britânico, ao se desenvolver, o sistema jurídico norte-americano adquiriu suas peculiaridades, um sistema bastante próprio fundamentado na Constituição que, por sua vez, estabelece uma estrutura governamental em dois níveis de poderes: o federal e o estadual (ROCHA, 2007, p.15).

A empresa UBER, e sua nova forma organizacional e de relação de trabalho, surge nos Estados Unidos e, portanto, trata-se do país pioneiro na adoção do trabalho de motoristas através de plataformas digitais. E, assim, nos últimos anos, os Estados Unidos têm enfrentado uma série de ações coletivas em vários de seus Estados, em que motoristas de plataformas postulam ser reconhecidos como empregados.

Em abril de 2018, a Corte Superior do Estado da Califórnia analisou o caso *Dynamex Operations West Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, determinando que deveria ser realizado um teste a cada caso concreto (denominado "*ABC test*"), a fim de se classificar determinado trabalhador como empregado (*employee*) ou trabalhador independente (*independent contractor*). Observa ALMEIDA e CARMO que esse teste já era utilizado por alguns Estados, contudo, apenas

para fins de concessão do auxílio-desemprego (UERJ Labuta, 2019).

Constatou-se que os trabalhadores da empresa demandada faziam entregas vestindo uniformes contendo o nome da empresa, mas usavam seus próprios veículos e suportavam todos os riscos envolvendo as entregas (*Dynamex v. Superior Court of Los Angeles Courty*, 2018).

De acordo com a decisão da Superma Corte da Califórnia, o trabalhador somente será considerado autônomo (independent contractor) se restar demonstrado que: (A) o trabalhador está livre de controle e direção da empresa contratante, na execução dos serviços; (B) o indivíduo realiza trabalho que está fora da atividade habitual do contratante; e (C) o trabalhador está habitualmente inserido em um comércio, ocupação ou negócio independente. Tais requisitos devem estar satisfeitos de forma cumulativa para que o trabalhador seja considerado autônomo.

Salienta PEREIRA que esses testes já eram utilizados pelo serviço de imposto de renda norte-americano, para exigir do empregador o pagamento de tributos como seguro desemprego e seguro social, aos quais os contratantes independentes não estão sujeitos. Assim, a definição de empregado e empregador não depende da autonomia da vontade das partes, pois há testes para verificar se o trabalhador é um empregado ou um contratante independente (PEREIRA, 2018, p.63-64).

Depois que foi firmado o precedente do caso Dynamax, o Estado da Califórnia aprovou um projeto de lei, denominado “*Bill 5*” (AB-5), que entrou em vigor em janeiro de 2020, incorporando-se em sua legislação trabalhista o “*ABC Test*”.

Acerca da celeuma jurídica na Califórnia, enfatiza ALMEIDA e CARMO que:

Mas a vida está sempre nos brindando com exemplos. Nos Estados Unidos, país com notório apego à liberdade contratual, os motoristas de aplicativos conseguiram fazer com que as empresas oferecessem a eles direitos que seriam indispensáveis na conjuntura brasileira, o que causa estranheza, já que o Brasil

tem o primado do trabalho como fundamento de sua ordem econômica (art.170 da CF) (UERJ Labuta, 2016).

Concluem as autoras que a primeira lição que podemos tirar dessa história ocorrida na Califórnia, é que não se conquistam direitos sem negociação, sem luta, sem reivindicação. Nesse sentido, ilustra FLORES que *“falar de direitos humanos é falar da ‘abertura de processos de luta pela dignidade humana”*. O autor propõe, em sua obra, uma redefinição teórica dos direitos humanos, visto que no mundo contemporâneo vivemos em um outro contexto social, econômico, político e cultural. Em seu entendimento, os direitos são vistos como *“resultados provisórios de lutas sociais por dignidade”*.

Assim também vem ocorrendo no Estado de Nova York, uma vez que, após vários protestos de motoristas de aplicativo, a Comissão de Taxis e Limusines da Cidade de Nova Iorque (TLC, na sigla em inglês) votou, no final de 2018, para estabelecer um salário mínimo para os motoristas da UBER e da Lyft. Foi a primeira vez que um Estado americano impôs normas salariais a empresas de transporte particular por aplicativos. (INFOMONEY, 2018).

No dia 25 de março de 2019, centenas de motoristas da UBER e Lyft em Los Angeles realizaram uma greve de 25 horas contra as precárias condições de trabalho e a redução salarial planejada pelos aplicativos, paralisação que aconteceu depois do anúncio da UBER de reduzir em 25% o valor da milha (1,6km) pago aos motoristas em Los Angeles e parte do condado de Orange. (World Socialist Web Site, 2019).

O Estado de Nova Jersey, no final de 2019, condenou a empresa UBER por considerar motorista como parceiro independente, e não como empregado. O Departamento de trabalho do Estado de Nova Jersey solicitou que o aplicativo de transporte UBER pagasse a quantia de US\$ 650 milhões em impostos de seguro-desemprego e invalidez relativos aos últimos quatro anos, uma vez que as autoridades afirmam que os motoristas do aplicativo são funcionários e não parceiros da empresa, e, por esse motivo, a empresa deve a referida quantia.

(ESTADÃO, 2019).

Da análise da situação atual da uberização do trabalho nos Estados Unidos, verifica-se que as conquistas adquiridas são fruto de prévias manifestações dos trabalhadores que reivindicam direitos básicos, como a fixação de um salário mínimo e melhores condições de trabalho. Ademais, em que pese os Estados Unidos seja um país com ideais liberais, verifica-se uma tendência nos governos e Tribunais de seus diversos Estados para que a referida relação trabalhista seja considerada uma relação empregatícia, com proteção estatal, através de suas leis trabalhistas, ao contrário do que vem ocorrendo em nosso país, como adiante veremos.

#### **4. O tratamento jurídico da uberização do trabalho na França**

Com um sistema jurídico de origem romano-germânica, *de civil law*, a França possui um histórico de codificações de seu direito e, nas palavras de FACCHINI NETO, “*nenhuma outra codificação foi tão influente quanto a francesa*”. (FACCHINI NETO, 2013, p.73). Assim, o modelo francês dos anos de 1084 circulou internacionalmente, representando uma verdadeira porta para a época das grandes codificações.

O Código Civil Francês de 1804 influenciou grandemente o direito de vários países. FACCHINI NETO enfatiza, por conseguinte, a importância do estudo do direito comparado e da história do direito, já que seriam raros os institutos jurídicos verdadeiramente autóctones (FACCHINI NETO, 2013, p.63).

Nestes últimos anos do século XXI, o direito do trabalho passa por profundas mudanças em todo o mundo, o que também vem ocorrendo na França. Três grandes Reformas Trabalhistas foram implementadas nos últimos cinco anos. Assim como foi preconizado como o grande fundamento de nossa recente Reforma Trabalhista, a ocorrida na França, em setembro de 2017, visou à modernização das relações de trabalho no país, sob a justificativa de maior geração de empregos.

Acerca das reformas laborais francesas, em especial a de 2017, de maior impacto, salienta BARRA que *“ainda que haja estudos a mostrar que a flexibilização do direito do trabalho não tem uma relação direta com a diminuição do desemprego, a reforma francesa concretizou-se com a publicação de seis ordonnances no final de setembro de 2017 visando a alteração do Código do Trabalho”* (BARRA, 2018, p.687).

Quanto ao motoristas de aplicativo, a realidade da uberização do trabalho na França, assim como ocorre nos EUA, também encontra-se marcada por protestos e greves dos trabalhadores. Segundo o jornal EL PAÍS, no final de 2016, o primeiro protesto de motoristas da UBER na França fez o governo mediar o conflito. Utilizando-se da frase *“por trás de cada serviço low cost existe um trabalhador low cost”*, os motoristas de aplicativo bloquearam com seus carros os acessos aos aeroportos e as entradas de Paris para exigir mínimas condições sociais e de remuneração.

O que teria motivado a manifestação foi a atitude da empresa UBER de, unilateralmente, aumentar, no dia 08 de dezembro de 2016, de 20% para 25% as comissões que cobra por cada viagem feitas pelos motoristas (EL PAÍS, 2016). Acerca da previsão de um diálogo social entre parceiros sociais e o Governo, ensina BARRA que esta é uma das características essenciais do direito do trabalho francês, visando à uma concentração prévia quando da apresentação de uma proposta legislativa (BARRA, 2018, p.687).

Salienta BARRA que *“a razão de ser do direito do trabalho francês é mais do que simplesmente regular uma atividade, sendo seu desejo garantir o respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana, em particular no ambiente de trabalho”* (BARRA, 2018, p.695).

Em decisão recente, a Justiça da França reconheceu um motorista da UBER como empregado. A Corte de Cassação Francesa decidiu que a relação entre a empresa UBER e seu motorista é considerada como um contrato de trabalho. De acordo com o entendimento da Corte, segundo o artigo L.8221-6 do Código do Trabalho, se presume que as pessoas físicas, no exercício de atividade que dá lugar a uma inscrição nos registros ou diretórios que o texto enumera, não estão vinculadas

com o mandante, por um contrato de trabalho. Não obstante, pode estabelecer-se a existência de um contrato de trabalho, quando estas pessoas prestem serviços em condições que as coloquem em um vínculo de subordinação jurídica permanente em relação ao mandante. (Cour de Cassation, FRANÇA, 2020).

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal, a relação de subordinação se caracteriza por ser uma relação de trabalho, sob a autoridade de um empregador, que tem a faculdade de dar ordens e instruções, controlar o seu cumprimento e sancionar as faltas de seu subordinado. Segundo essa mesma jurisprudência, o trabalho em um serviço organizado pode constituir um indício de subordinação quando o empregador determina unilateralmente as condições de execução.

O Tribunal de Apelação Francês concluiu com o entendimento de que o motorista, para poder converter-se em “colaborador” da UBER, se viu obrigado a inscrever-se no Registro de Ofícios e que, ao invés de decidir livremente como organizar o seu negócio e buscar clientes, tem integrado um serviço de transporte criado e inteiramente organizado pela UBER, que existe unicamente graças à existência da plataforma, um serviço de transporte através do qual não consitui sua própria clientela, nem fixa livremente suas tarifas ou as condições de seu serviço de transporte, as quais são regidas, em sua totalidade, pela empresa UBER.

O Tribunal concluiu que, a relação com a liberdade de conexão e a liberdade de livre escolha de seus horários de trabalho, não exclui, por si só, uma relação laboral subordinada, já que quando um condutor se conecta com a plataforma da UBER, se incorpora a um serviço organizado pela empresa UBER.

Portanto, para a Suprema Corte Francesa, o motorista, ao se conectar à plataforma da empresa UBER, estabelece uma relação de subordinação com a empresa. Depois da publicação da decisão, a ministra do trabalho francesa, Muriel Pénicaud, destacou a necessidade de encontrar um novo quadro jurídico que proteja os trabalhadores, assalariados ou não (RFI, 2020).

Verifica-se que a França, embora tenha passado por recentes Reformas Trabalhistas visando à modernização da legislação, com várias flexibilizações, concluiu, em recente decisão, pela possibilidade de se configurar a relação do motorista da UBER com a empresa como uma relação de emprego. As instituições governamentais do país, em suma, concluem que se faz necessária a proteção dos direitos laborais da categoria, seja através do reconhecimento da relação de emprego, por seus Tribunais, seja através de uma regulamentação específica para a categoria, estabelecendo-se um novo quadro jurídico que proteja os motoristas de aplicativo.

## **5. O tratamento jurídico da uberização do trabalho no Brasil**

Em nosso país, o Tribunal Superior do Trabalho - TST, assim como o Superior Tribunal de Justiça - STJ, vêm entendendo e tratando a relação da UBER com seus motoristas de forma contrária à realidade encontrada nos países acima analisados.

O STJ, em sede de Conflito Negativo de Competência N. 164.544 – MG (2019/0079952-0), concluiu que os motoristas de aplicativo não mantêm relação hierárquica com a empresa UBER porque seus serviços são prestados de forma eventual, sem horários pré-estabelecidos e não recebem salário fixo, o que descaracteriza o vínculo empregatício entre as partes. Uma vez afastada a relação de emprego, concluiu o STJ que o sistema de transporte privado individual, a partir de provedores de rede de compartilhamento, detém natureza de cunho civil (STJ, 2020).

Embora o tema ainda seja controverso em nossos Tribunais, a 4ª Turma do TST, em sede de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista interposto pela empresa UBER (Processo n. TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.003), entendeu pela inexistência de vínculo empregatício entre um motorista da UBER e a empresa. Segundo o entendimento do Tribunal, o depoimento pessoal do motorista revelou a ampla autonomia na prestação de serviços, ficando a seu critério o melhor horário de trabalho e os dias que lhe forem convenientes,

sem que houvesse qualquer punição decorrente. Ademais disso, seria do motorista o ônus da atividade econômica, ficando a seu encargo os custos com combustível e manutenção do veículo utilizado, que era de sua propriedade, recebendo apenas pelas corridas realizadas (TST,2020).

Para o Tribunal Superior do Trabalho, em sua conclusão, a relação de emprego definida pela CLT (1943) tem como padrão a relação clássica de trabalho industrial, comercial e de serviços e, dessa forma, as novas formas de trabalho devem ser reguladas por lei própria e, enquanto o legislador não a edita, não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego. (TST, 2020).

Ao concluir, aduziu o Tribunal que o trabalho pela plataforma tecnológica – e não para - não atende aos critérios definidos nos arts.2º e 3º da CLT, pois o usuário-motorista pode dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer exigência de trabalho mínimo, sem qualquer fiscalização ou punição por esta decisão do motorista. Entende, por fim, incólumes os arts. 1º, III e IV, da Constituição Federal.

Contudo, em que pese o entendimento do Tribunal, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalhador de aplicativo de transporte, e o do valor social do trabalho, na relação trabalhista ora em análise, não estão sendo respeitados, uma vez que o Tribunal, ao entender pelo não enquadramento da referida relação, no disposto nos arts.2º e 3º da CLT, deixa-a à margem de qualquer proteção mínima, justificando-se no fato de inexistir legislação específica para essa “nova relação de trabalho”. É preciso garantir e reforçar a efetividade das normas constitucionais, priorizando-se o valor constitucional do trabalho.

Para PEREIRA, a previsão, no texto constitucional, do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana não é acidental, tratando-se de normas estruturantes que modelam o Estado e a sociedade brasileira. Nas palavras de PEREIRA, *“no aspecto dogmático, a referência ao trabalho é conceitual, de modo que qualquer teoria da Constituição brasileira de 1988 que não leve em conta a centralidade*

*do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se deficitária*" (PEREIRA, 2018, p.55).

O Brasil, de tradição jurídica romano-germânica (modelo do *civil law*), tem como base estruturante de nosso sistema jurídico a lei, sendo a mais importante fonte do direito. Quando a Constituição Federal estabelece como princípios fundamentais de nossa ordem constitucional a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e, tais princípios não são priorizados pelas decisões de nossas Cortes Superiores, verifica-se que nossa principal fonte do direito, a Constituição, não está sendo priorizada.

Para o Ministério Público do Trabalho, em estudo intitulado *"Empresas de Transporte, Plataformas Digitais e a Relação de Emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos"*, instituído por meio da Portaria PGT n.681, de 10 de novembro de 2016, no âmbito da Coordenadoria Nacional de Combate às fraudes trabalhistas – CONAFRET, nesse novo contexto, a subordinação assume novas roupagens e adjetivações. Segundo o estudo, o controle dos motoristas é elevado, uma vez que, apesar de os trabalhadores serem remunerados apenas quando realizam viagens demandadas pelo aplicativo, a UBER mantém a coleta de informações dos motoristas mesmo quando não estão em uma corrida.

As conclusões do estudo citado estão em sintonia com o tratamento jurídico que vem sendo adotado para a relação de trabalho dos motoristas da UBER nos EUA e na França, que, conforme analisado, concluíram pela existência de subordinação nessa relação e, portanto, pela existência de relação empregatícia. Assim, preconiza o estudo:

O direito do trabalho brasileiro tem instrumental para lidar com a nova técnica de exploração do trabalho. De fato, tanto no art.2º quanto no art.3º da Consolidação do Trabalho não há referência a estar 'sob ordens', ou subordinação no sentido clássico da palavra. Os elementos encontrados na lei são 'direção do trabalho' e 'dependência' que são facilmente encontráveis no modelo de organização do trabalho por programação.

(Empresas de Transporte, Plataformas Digitais e a Relação de Emprego, MPT, 2018, p.41).

Em 01 de julho de 2020, em meio ao pico da pandemia provocada pelo coronavírus, tivemos uma greve nacional organizada pelos entregadores de aplicativos, categoria bastante demandada diante da necessidade do isolamento social. Em comentários a esse histórico dia de paralisação nacional, DELGADO e CARVALHO ressaltam que esses trabalhadores de aplicativos protagonizaram um marco histórico na luta por direitos da categoria, com esteio não só na Constituição brasileira, mas também nas diretrizes internacionais de proteção ao trabalho. De acordo com as autoras, os trabalhadores manifestantes almejam, dentre outras reivindicações, o aumento da tarifa quilométrica e do valor mínimo pago ao trabalhador por entrega realizada, o fim dos bloqueios injustos e injustificados, como forma de sancionamento e a criação de pontos de apoio para descanso, alimentação e realização de necessidades fisiológicas. Concluem que o reconhecimento de direitos fundamentais do trabalhador não pode ficar à mercê das discricionariedades patronais (*Le Monde Brasil diplomatique*, 2020).

Após essas manifestações da categoria, foi protocolado na Câmara dos Deputados, em 10 de julho de 2020, o Projeto de Lei n.3748, que visa à regulação do “regime de trabalho sob demanda”. Segundo o Projeto de Lei, aos trabalhadores em regime de trabalho sob demanda não se aplicariam as disposições da Consolidação das Lei do Trabalho – CLT, tratando-se de regulamentação específica para a categoria. No Senado Federal, foi apresentado em 13 de julho de 2020 o Projeto de Lei n. 3754, que “institui e dispõe sobre o regime de trabalho sob demanda”. O PL 3754/2020 igualmente estabelece regramento específico para a categoria, não sendo aplicável a legislação celetista.

Verifica-se, portanto, a importância crucial da luta da categoria por melhores condições de trabalho, suas manifestações em vários países, como um passo inicial no reconhecimento de direitos aos trabalhadores de plataformas digitais, seja através de processo legislativo de regulamentação específica, seja através de decisões

judiciais primordiais no reconhecimento de relação empregatícia dos motoristas com a empresa UBER, como a publicada pela Suprema Corte francesa. Como nos ensina FLORES, uma teoria crítica do direito deve se sustentar não apenas no reforço das garantias formais reconhecidas juridicamente, mas, igualmente, no empoderamento dos grupos mais desfavorecidos ao lutar por novas formas, mais igualitárias, de acesso aos bens protegidos pelo direito (FLORES, 2009, p.71).

Ressalta o autor, ao propor sua teoria crítica de direitos humanos no século XX, que a luta pelo reconhecimento dos direitos começa quando surge um anseio social que se quer satisfazer e, assim, num sentido marcadamente social, os direitos humanos são o resultado de lutas sociais e coletivas que tendem à construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam o empoderamento de todas e de todos para lutar por uma vida digna de ser vivida, pois os direitos não funcionarão por si próprios, nem serão implementados unicamente a partir do trabalho jurídico (FLORES, 2009). Pode-se constatar tais ensinamentos da análise da realidade fática encontrada nos três países objeto do estudo e como as manifestações dos trabalhadores de aplicativos impulsionaram a conquista ou o processo de luta para a conquista de direitos trabalhistas.

Para finalizar, conclui FLORES que *“são as lutas sociais que impulsionam a criação de novas teorias e, inclusive, as normas jurídicas internacionais que vão mudando de rumo”* (FLORES, 2009, p.44). Uma norma não descreve nem é criada por si só, mas encontra-se inserida em sistemas de valores e em processos sociais de divisão do trabalho humano.

Estamos diante de um novo contexto social, econômico e político, distinto do ocorrido no século XIX, em que trabalhadores industriais estavam situados em uma específica forma de produzir. Assim, para FLORES, é preciso traçar uma investigação que destaque os vínculos que tal objeto tem com a realidade. E, para a contextualização dos direitos, objeto do estudo, fundamental se mostra o método comparativo, através do Direito Comparado do Trabalho, uma vez que não podemos nos sentir satisfeitos, nas palavras de FLORES, diante

de uma análise puramente formal e descontextualizada dos direitos (FLORES, 2009, p.18).

## 6. Considerações finais

A interdependência cada vez mais estreita entre as nações, fruto da globalização, torna cada vez mais necessário um conhecimento “global”, um conhecimento acerca dos institutos jurídicos, da legislação de outros países.

Como demonstrado no estudo, diante desse novo contexto social, econômico e político no século XXI, de muita utilidade se mostra o Direito Comparado do Trabalho. Através do método comparatista de estudo, da análise de experiências jurídicas vivenciadas em outros países, os outros sistemas jurídicos funcionariam como espelhos – vendo-se os outros, pode-se perceber melhor o que somos – permitindo-se que se conheça, de forma mais aprofundada, o nosso próprio sistema jurídico.

A previsão, em nosso texto constitucional, do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana não é acidental, tratando-se de normas estruturantes que modelam o Estado e a sociedade brasileira. Contudo, nossos Tribunais não têm priorizado tais valores, ao não reconhecerem a relação de trabalho analisada como relação trabalhista e, ao mesmo tempo, deixarem tais trabalhadores à margem de qualquer proteção social. Embora o Brasil seja um país cujo sistema jurídico é de origem romano-germânica (*civil law*) percebe-se que a valores constitucionais fundamentais para as relações trabalhistas, como os citados, previstos em nossa Norma Fundamental, não estão sendo garantidos plena eficácia.

Verificou-se que o Direito Comparado oferece grandes vantagens, contribuindo para o conhecimento do próprio Direito e para se identificar pontos de referência para a Política Legislativa. Ao

longo da investigação, observou-se que as lutas dos trabalhadores têm se mostrado crucial no reconhecimento de seus direitos ou no impulsionamento do processo legislativo para a regulamentação específica da categoria. Nas palavras de FLORES, “os direitos não funcionarão por si próprios, nem serão implementados unicamente a partir do trabalho jurídico” (FLORES, 2016, p.29).

Estamos diante de um novo contexto social, econômico e político, distinto do ocorrido no século XIX, em que trabalhadores industriais estavam situados em uma específica forma de produzir. É preciso proceder à análise dessa nova realidade econômico-social que se apresenta no século XXI, em que estamos diante de novas formas de organização empresarial e, em consequência, diante de novas formas de trabalho.

Assim, para FLORES, é preciso traçar uma investigação que destaque os vínculos que tal objeto tem com a realidade. E, para a contextualização dos direitos, objeto do estudo, fundamental se mostra o método comparativo, através do Direito Comparado do Trabalho, uma vez que não podemos nos sentir satisfeitos, nas palavras de FLORES, diante de uma análise puramente formal e descontextualizada dos direitos (FLORES, 2009, p.18).

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernanda Cabral; CARMO, Jessica Lima. *A proposta da UBER para os trabalhadores norte-americanos e o que podemos aprender com ela*. UERJ Labuta, 2016. Disponível em: <https://uerjlabuta.com/2019/09/16/a-proposta-da-uber-para-os-trabalhadores-norte-americanos-e-o-que-podemos-aprender-com-ela/>amp. Acesso em: 16/10/2020.

ANTUNES, Ricardo L.C. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.

ASCENSÃO, J. Oliveira. Sistemas Atuais de Direito. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG*, n.17, 1976. Disponível

em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/763/710>. Acesso em: 01/11/2020.

BARRA, Juliano Sarmiento. Princípios essenciais do Direito do Trabalho francês. São Paulo: *Revista LTr*, v.82, n.06, junho/2018, p.687-697.

CASTILHO, Carlos Reynoso. Derecho Comparado del Trabajo. Una aproximación a los modelos de solución de conflictos en materia laboral en el mundo. Universidad Autónoma Metropolitana, *Revista Alegatos*. Mexico, janeiro/2001, pags. 73-80.

COUR DE CASSATION, em 04/03/2020. Disponível em: [www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/chambre\\_sociale/576/374\\_4\\_44522.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/chambre_sociale/576/374_4_44522.html). Acesso em: 24/10/2020.

DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, 1997. Ano 34. n. 134.

DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. Breque dos Apps: direito de resistência na era digital. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital>. Acesso em: 30/10/2020.

EL PAÍS. Primeiro protesto de motoristas do UBER na França faz governo mediar o conflito. Disponível em: [www.brasil.elpais.com/brasil/2016/12/19/economia/1482164970\\_634000.html%3foutputtypy=amp](http://www.brasil.elpais.com/brasil/2016/12/19/economia/1482164970_634000.html%3foutputtypy=amp). Acesso em 01/11/2020.

ESTADÃO. Estado de Nova Jersey condenou a empresa por considerar motorista como parceiro independente, e não como funcionário. Em 14/11/2019. Disponível em: [www.estadao.com.br/noticias/empresas,uber-leva-multa-de-us-650-mi-por-questao-trabalhista-nos-eua,70003089890.amp](http://www.estadao.com.br/noticias/empresas,uber-leva-multa-de-us-650-mi-por-questao-trabalhista-nos-eua,70003089890.amp). Acesso em: 29/10/2020.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil Francês – Gênese e Difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 50, n.198, abr/jun 2013, pag. 59-88.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. (RE)descobrimo o direito do trabalho: Gig economy, uberização do trabalho e outras reflexões. Disponível em: [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br), acesso em 03/06/2020, 20 páginas.

FLORES, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

INFOMONEY. Nova York cria primeiro salário mínimo para motoristas da UBER. Disponível em: [www.infomoney.com.br/consumo/nova-york-cria-primeiro-salario-minimo-para-motoristas-da-uber/amp](http://www.infomoney.com.br/consumo/nova-york-cria-primeiro-salario-minimo-para-motoristas-da-uber/amp). Acesso em: 01/11/2020.

MARTINS, Murilo; ALMEIDA, Victor Hugo. Análise Juslaboral da Relação de Trabalho entre motoristas por aplicativo e a empresa UBER: Aspectos e

Consequências Sociojurídicas. *Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*. Brasília: v.3, n.1, p.55-75, jan-jun.2017.

MEIRELES, Gustavo Fernandes. *Trabalho, Comércio e Dignidade no direito internacional contemporâneo: desafios e perspectivas para a atuação da OIT e da OMC*. Curitiba: Juruá, 2016.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; *Empresas de Transporte, Plataformas Digitais e a Relação de Emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos/* Juliana Carreiro Corbal Oitaven, Rodrigo de Lacerda Carelli, Cássio Luís Casagrande; Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. Disponível em: [https://csb.org.br/wp-content/uploads/2019/01/CONAFRET\\_WEB-compressed.pdf](https://csb.org.br/wp-content/uploads/2019/01/CONAFRET_WEB-compressed.pdf). Acesso em: 30/10/2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e o seu Estudo. Universidade de Minas Gerais, *Revista da Faculdade de Direito*, v.7, out/1955.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito. A Reforma Trabalhista e seu impacto sobre a igualdade e a Democracia no Trabalho. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v.21. n.41. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/download/18553/13890>. Acesso em: 02/11/2020.

RFI. Em decisão histórica, Justiça da França reconhece motorista de UBER como funcionário. Em 05/03/2020. Disponível em: <https://rfi.fr/br/fran%C3%A7a/20200305-em-decis%C3%A3o-hist%C3%B3rica-justi%C3%A7a-da-fran%C3%A7a-reconhece-motorista-de-uber-como-funcion%C3%A1rio>. Acesso em: 20/10/2020.

ROCHA, Júlio César de Sá. Direito do Trabalho nos Estados Unidos: considerações sobre as bases do sistema norte-americano. *Revista Jurídica*, 2007.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*; trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro,2019.

SOARES FILHO, José. As negociações coletivas supranacionais para além da OIT e da União Européia. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n.39, out-dez, 2007, p.44-56.

WORLD SOCIALIST WEB SITE – WSWWS. Centenas de motoristas da UBER e Lyft entram em greve em Los Angeles. 09/04/2019. Disponível em: [www.wsws.org/pt/articles/2019/04/09/uber-a09.html](http://www.wsws.org/pt/articles/2019/04/09/uber-a09.html). Acesso em: 25/10/2020.



# Capítulo 02

## CONTRATO DE EMPREGO COMPARTILHADO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NO DIREITO BRASILEIRO

Ariadna Fernandes Silva<sup>1</sup>

Mônica de Sá Pinto Nogueira<sup>2</sup>

**RESUMO.** A Reforma Trabalhista brasileira de 2017, em vários pontos, afrontou os fundamentos e objetivos constitucionais, sobretudo, os direitos fundamentais do trabalho, que têm como finalidade principal a melhoria da condição social dos trabalhadores. Dentre diversas mudanças, a Lei nº 13.467/2017 autorizou a terceirização, tanto na atividade-meio como atividade-fim da empresa, apoiando amplamente o novo modelo de produção constituído por organizações de acumulação flexível, que tende a privilegiar a flexibilização e a desregulamentação das normas trabalhistas. As empresas na era da globalização econômica contemporânea, com a ideia de redução de custos, procuram cada vez mais as organizações de pequeno porte superespecializadas e trabalhadores autônomos para executar a produção de seus bens e serviços, descaracterizando, assim, a clássica relação de trabalho. Para enfrentar a precarização que acompanha esse modelo de trabalho triangular, no sentido de que, regra geral, sobrevém a indeterminação do empregador, impossibilitando a responsabilização quanto aos encargos laborais, a doutrina e a jurisprudência brasileiras defendem a aplicação da teoria estadunidense, denominada *joint employment*, ao Direito do Trabalho contemporâneo. O instituto do *joint employment* sustenta a existência de um contrato de trabalho compartilhado, nas situações cujo

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).  
Mestra em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Advogada.  
E-mail: [ariadna.fernandes@hotmail.com](mailto:ariadna.fernandes@hotmail.com).

<sup>2</sup> Mestra em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Advogada.  
E-mail: [monica.pintonogueira@gmail.com](mailto:monica.pintonogueira@gmail.com).

trabalhador desempenha uma função que, simultaneamente, beneficia duas ou mais empresas. Daí, seja a terceirização lícita ou ilícita, ambas as empresas respondem solidariamente pelas obrigações trabalhistas do empregado. Neste trabalho tenta-se conceituar o instituto do *joint employment* na jurisprudência dos Estados Unidos, definir a sua recepção no Direito do Trabalho brasileiro, para, enfim, analisar a integração da doutrina do *joint employment* ao sistema brasileiro trabalhista. Nessa linha, tem-se como objetivo estudar e analisar o sistema do contrato compartilhado nos Estados Unidos, sua origem, e como foi recepcionado no Brasil, a luz da Reforma Trabalhista de 2017.

**PALAVRAS-CHAVE:** Emprego conjunto. Recepção no Brasil. Direito do Trabalho contemporâneo. Terceirização. Reforma Trabalhista.

## 1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 destacou os direitos trabalhistas no rol dos direitos fundamentais (art. 7º, CF), que têm como objetivo principal a melhoria da condição social dos trabalhadores, além de ter determinado que a ordem econômica se encontra fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, CF/88).

Entretanto, os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, em vez de serem concretizados, são reiteradamente relativizados, servindo como instrumentos de enfrentamento das cíclicas crises econômicas, que sempre acompanharam a história do capitalismo desde a sua origem, o que significa que a cada nova recessão econômica ocorrem mudanças com base no sacrifício da classe trabalhadora.

Foi o que aconteceu com a Reforma Trabalhista brasileira, trazida pela Lei nº 13.467/2017, ao permitir a terceirização, inclusive, das atividades-fim das empresas, aceitando amplamente o novo modelo de produção, formado por organizações de acumulação flexível, que tende a privilegiar a desregulamentação das normas de proteção,

descaracterizando, assim, as relações de trabalho.

As empresas contemporâneas, almejando a redução de custos, começaram a buscar organizações de pequeno porte superespecializadas e trabalhadores autônomos para terceirizar a produção de seus bens e serviços, dando ensejo a uma nova espécie de trabalho, em que o local de atividade do trabalhador não se restringe ao estabelecimento empresarial, indo bem além, uma vez que ultrapassa as fronteiras nacionais.

Em meio a esse cenário, a doutrina e a jurisprudência propugnam a aplicação do instituto do *joint employment* ao Direito do Trabalho contemporâneo brasileiro, a fim de solucionar as inúmeras controvérsias decorrentes das relações trabalhistas triangulares, pois, regra geral, sobrevém a indeterminação do empregador, o que, impossibilita a responsabilização quanto aos encargos laborais.

O *joint employment*, que tem origem na jurisprudência dos Estados Unidos, propugna a existência de um contrato de trabalho compartilhado, nas situações em que o trabalhador desempenhar uma função que, simultaneamente, beneficia duas ou mais empresas. Caracteriza-se, geralmente, tal doutrina por três circunstâncias: se existir um acordo entre empresas para compartilhar os serviços do empregado; quando uma empresa atua direta ou indiretamente no interesse de outra ou outras empresas em relação a determinado trabalhador; ou acaso as empresas não estejam completamente desassociadas em relação força de trabalho de um empregado, ou seja, compartilham o controle sobre o empregado, direta ou indiretamente.

Propõe-se, portanto, atentar para o seguinte problema geral: como e em que dimensão o instituto do *joint employment* surgiu na jurisprudência estadunidense? Como ocorreu a introdução do *joint employment* no ordenamento jurídico brasileiro e quais os seus reflexos sobre o Direito do Trabalho contemporâneo? A integração dessa figura jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro é compatível com a terceirização trabalhista, sobretudo após a Reforma trazida pela Lei 13.467/2017?

Inicialmente, pretende-se investigar o instituto do *joint employment* na jurisprudência estadunidense, estabelecendo parâmetros acerca de sua dimensão no ordenamento jurídico dos Estados Unidos. Em seguida, impõe-se analisar a recepção da respectiva teoria no contexto brasileiro, enfatizando seus reflexos sobre o Direito do Trabalho contemporâneo. Por fim, torna-se preciso examinar-se respeito da compatibilidade do *joint employment* às inovações trazidas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.417/2017), concernentes à terceirização, além de tentar se diagnosticar os efeitos inerentes à sua adoção no caso brasileiro. Para tanto, recorre-se ao método dedutivo para realizar uma pesquisa teórica, qualitativa e jurisprudencial.

No primeiro segmento são examinados o surgimento e a dimensão do conceito do *joint employment* na cultura jurídica dos Estados Unidos (EUA), instituto consagrado pela doutrina daquele país, sendo, para tanto, necessário, realizar uma contextualização histórica do Direito do Trabalho no século XX, lado a lado ao processo de globalização econômica. A seguir, abordam-se a recepção o *joint employment* no Brasil e seus reflexos no Direito do Trabalho contemporâneo. Por último, considera-se a integração do sistema trabalhista brasileiro pela figura jurídica do *joint employment*, abrangendo os aspectos relevantes da Reforma Trabalhista, (Lei nº 13.467/2017), que dizem respeito ao fenômeno da terceirização (*outsourcing / offshoring*).

## **2. Conceito ortodoxo do *joint employment* na jurisprudência estadunidense**

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir o caso *Rutherford Food Corp. v. McComb*, 331 U.S. 722 (1947), estabeleceu o primeiro precedente relevante acerca do *joint employment*. Neste caso, o Tribunal interpretou de modo amplo os conceitos de “empregador” e “empregado” estabelecidos na *Lei Fair Labor Standards Act*, vez que as relações de emprego deveriam ser interpretadas para: (1) efetuar a

finalidade corretiva inerente à legislação trabalhista, ou seja, eliminar baixos salários e horas extras; e (2) evitar esquemas habilidosos, por parte de alguns empregadores, que têm como objetivo afastar encargos imediatos em detrimento dos benefícios buscados pela lei trabalhista.<sup>3</sup>

O Departamento do Trabalho dos Estados Unidos, agência administrativa encarregada de interpretar e fazer cumprir a *Lei Fair Labor Standards Act* (1938), por conseguinte, adotou regulamento interpretativo, reconhecendo, em seu §791.2, a relação de emprego conjunto. Com isso, atestou que uma só pessoa poderia manter vínculo de emprego, ao mesmo tempo, com dois ou mais empregadores, não existindo, assim, nenhum óbice para tanto. O mesmo empregado poderia manter, concomitantemente, contrato *de emprego separado e distinto*, ou *contrato de emprego conjunto*, com dois ou mais empregadores. Tal situação, entretanto, somente é determinada pelo conjunto de fatos atinentes às relações de emprego, no caso particular.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> US SUPREME COURT. **Rutherford Food Corp. v. McComb**, 331 U.S. 722 (1947). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/331/722/case.html>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

<sup>4</sup> §791.2. *A single individual may stand in the relation of an employee to two or more employers at the same time under the Fair Labor Standards Act of 1938, since there is nothing in the act which prevents an individual employed by one employer from also entering into an employment relationship with a different employer. A determination of whether the employment by the employers is to be considered joint employment or separate and distinct employment for purposes of the act depends upon all the facts in the particular case. If all the relevant facts establish that two or more employers are acting entirely independently of each other and are completely disassociated with respect to the employment of a particular employee, who during the same workweek performs work for more than one employer, each employer may disregard all work performed by the employee for the other employer (or employers) in determining his own responsibilities under the Act [...]. Tradução livre: §791.2 Um único indivíduo pode permanecer na relação de um empregado para dois ou mais empregadores ao mesmo tempo sob o Fair Labor Standards Act de 1938, uma vez que não há nada no ato que impede um indivíduo empregado por um empregador de também entrar em um emprego relacionamento com um empregador diferente. A determinação de se o emprego pelos empregadores deve ser considerado emprego conjunto ou emprego separado e distinto para fins do ato depende de todos os fatos no caso particular. Se todos os fatos relevantes estabelecerem que dois ou mais empregadores estão agindo de forma totalmente independente entre si e estão completamente dissociados em*

O regulamento considerou duas hipóteses de contratos de empregos que podem ser realizados, simultaneamente, com dois ou mais empregados. A primeira diz respeito ao *contrato de emprego separado e distinto*, que é caracterizado nas circunstâncias em que restar demonstrado que, apesar de um só empregado manter relação de emprego com dois ou mais empregadores, estes atuam totalmente independentes uns dos outros. Destarte, embora determinado empregado execute trabalho para mais de um empregador durante o mesmo período, seus empregadores estão completamente desassociados em relação ao emprego daquele. Neste caso específico, cada empregador poderá desconsiderar sua responsabilidade em relação ao trabalho realizado pelo empregado para o outro empregador (ou empregadores).<sup>5</sup>

A segunda situação trazida pelo regulamento permitiu o *contrato de emprego conjunto*, fato significativo de que o empregado pode manter vínculo de emprego, em conjunto, com dois ou mais empregadores. Isso porque, muito embora o empregado conserve relação de emprego com um determinado empregador, ele realiza atividade que não está completamente desassociada da mão de obra oferecida ao (s) outro (s) empregador (es). Sendo assim, todo o trabalho do empregado prestado, simultaneamente, a dois ou mais empregadores é considerado apenas um emprego para fins da *Lei Fair Labor Standards Act*. Em razão disso, os empregadores são responsáveis, individual e solidariamente, pelo cumprimento das disposições aplicáveis às relações de emprego, em sua inteireza.<sup>6</sup>

---

relação ao emprego de um funcionário em particular, que durante a mesma semana de trabalho realiza trabalho para mais de um empregador, cada empregador pode desconsiderar todos trabalho realizado pelo empregado para o outro empregador (ou empregadores) na determinação de suas próprias responsabilidades sob a Lei. US CODE OF FEDERAL REGULATION. **29 CFR 791.2 - Joint employment**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>>. Acesso em: 25 abril 2020.

<sup>5</sup> US CODE OF FEDERAL REGULATION. **29 CFR 791.2 - Joint employment**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>>. Acesso em: 25 abril 2020.

<sup>6</sup> §791.2 [...] *On the other hand, if the facts establish that the employee is employed jointly by two or more employers, i.e., that employment by one employer is not completely disassociated from employment by the other employer(s), all of the employee's work*

Nesse sentido, conforme anunciou o regulamento editado pelo Departamento do Trabalho dos Estados Unidos, os dois ou mais empregadores comuns são responsáveis individual e/ou solidariamente, inclusive, pela provisão do valor total das horas extras realizadas pelo empregado, durante o espaço de tempo em que este prestou serviços de modo simultâneo a tais empregadores. Nada obstante, cada empregador poderá, ao cumprir a obrigação conjunta, aceitar o crédito para o salário-mínimo e os requisitos de horas extras para todos os pagamentos efetuados, ao empregado, pelo outro empregador ou empregador comum.<sup>7</sup>

A *Lei Fair Labor Standards Act* ratificou esse entendimento, ao conceituar empregador como qualquer pessoa que atue, direta ou indiretamente, com interesse de um empregador em relação a um empregado (seção §203 (d))<sup>8</sup>. Determinou, então, que os

---

*for all of the joint employers during the workweek is considered as one employment for purposes of the Act. In this event, all joint employers are responsible, both individually and jointly, for compliance with all of the applicable provisions of the act, including the overtime provisions, with respect to the entire employment for the particular workweek. 5 In discharging the joint obligation each employer may, of course, take credit toward minimum wage and overtime requirements for all payments made to the employee by the other joint employer or employer. Tradução livre: §791.2* Por outro lado, se os fatos estabelecem que o empregado é empregado em conjunto por dois ou mais empregadores, ou seja, que o emprego de um empregador não é completamente dissociado do emprego pelo (s) outro (s) empregador (s), todo o trabalho do empregado para todos os empregadores conjuntos durante a semana de trabalho são considerados como um emprego para os fins da Lei. Neste caso, todos os empregadores conjuntos são responsáveis, individualmente ou em conjunto, pelo cumprimento de todas as disposições aplicáveis do ato, incluindo as disposições de horas extras, com relação a todo o emprego para a semana de trabalho em particular. 5 Ao cumprir a obrigação conjunta, cada empregador pode, é claro, levar em conta as exigências de salário mínimo e horas extras para todos os pagamentos feitos ao empregado pelo outro empregador ou empregador conjunto. (US CODE OF FEDERAL REGULATION. **29 CFR 791.2 - Joint employment.** Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>>. Acesso em: 25 abril 2020).

<sup>7</sup> US CODE OF FEDERAL REGULATION. **29 CFR 791.2 - Joint Employment.** Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>>. Acesso em: 25 abril 2020.

<sup>8</sup> *Employer includes any person acting directly or indirectly in the interest of an employer in relation to an employee and includes a public agency, but does not include any labor organization (other than when acting as an employer) or anyone acting in the capacity*

empregados fossem pagos pelas horas extras prestadas, consoante o limite estabelecido ao número de horas trabalhadas (seção §207(a))<sup>9</sup>,

---

*of officer or agent of such labor organization.* **Tradução livre:** O empregador inclui qualquer pessoa agindo direta ou indiretamente no interesse de um empregador em relação a um empregado e inclui um órgão público, mas não inclui nenhuma organização trabalhista (que não atue como empregador) ou qualquer pessoa atuando como dirigente ou funcionário. agente de tal organização de trabalho. ILO.ORG. **The Fair Labor Standards Act of 1938, as amended 29 U.S.C. 201, et seq. §203. Definitions (d).** Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2364/Fair%20Labor%20Standards%20Act.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2020.

- <sup>9</sup> *Employees engaged in interstate commerce; additional applicability to employees pursuant to subsequent amendatory provisions (1) Except as otherwise provided in this section, no employer shall employ any of his employees who in any workweek is engaged in commerce or in the production of goods for commerce, or is employed in an enterprise engaged in commerce or in the production of goods for commerce, for a workweek longer than forty hours unless such employee receives compensation for his employment in excess of the hours above specified at a rate not less than one and one-half times the regular rate at which he is employed. (2) No employer shall employ any of his employees who in any workweek is engaged in commerce or in the production of goods for commerce, or is employed in an enterprise engaged in commerce or in the production of goods for commerce, and who in such workweek is brought within the purview of this subsection by the amendments made to this chapter by the Fair Labor Standards Amendments of 1966— (A) for a workweek longer than forty-four hours during the first year from the effective date of the Fair Labor Standards Amendments of 1966, (B) for a workweek longer than forty-two hours during the second year from such date, or (C) for a workweek longer than forty hours after the expiration of the second year from such date, unless such employee receives compensation for his employment in excess of the hours above specified at a rate not less than one and one-half times the regular rate at which he is employed.* **Tradução livre:** Empregados envolvidos no comércio interestadual; aplicabilidade adicional aos empregados de acordo com as disposições subsequentes (1) Salvo disposição em contrário nesta seção, nenhum empregador deve empregar qualquer um de seus empregados que em qualquer semana de trabalho esteja envolvido no comércio ou na produção de bens para comércio, ou seja empregado em uma semana de trabalho. empresa envolvida no comércio ou na produção de bens para o comércio, por uma semana de trabalho superior a quarenta horas, a menos que tal empregado receba uma compensação pelo seu emprego acima das horas especificadas a uma taxa não inferior a uma vez e meia a taxa normal em que ele é empregado. (2) Nenhum empregador deve empregar qualquer um de seus empregados que em qualquer semana de trabalho esteja envolvido no comércio ou na produção de bens para o comércio, ou seja empregado em uma empresa dedicada ao comércio ou à produção de bens para comércio, e que A semana de trabalho é trazida à alçada desta subseção pelas emendas feitas a este capítulo pelas Emendas do Fair Labor Standards de 1966 - (A) para uma semana de trabalho superior a quarenta e quatro horas durante o primeiro

independentemente do número de empregadores envolvidos na relação de trabalho.<sup>10</sup> Acrescentou, ainda, que um empregador não deve ser responsabilizado pela ação de um trabalhador que buscou, de modo independente, um emprego adicional em tempo parcial. Se, todavia, dois ou mais empregadores estiverem na posição de *empregadores conjuntos*, permitindo ou exigindo que o empregado trabalhe mais do que o número de horas especificadas na seção §207 (a) da *Lei Fair Labor Standards Act*, impõe-se àqueles a responsabilidade individual e/ou solidária pelo pagamento das horas extras trabalhadas pelo empregado.<sup>11</sup>

Dessa forma, quando o empregado desempenhar um trabalho que beneficia, simultaneamente, dois ou mais empregadores, ou trabalhar para dois ou mais empregadores em distintos horários durante a semana, uma relação de trabalho comum, geralmente, será configurada, ou seja, em situações: (1) em que existir um acordo entre os empregadores para compartilhar os serviços do empregado, como, por exemplo, para trocar funcionários (*Slover v. Wathen*, 140 F. 2d 258 (C.A. 4); *Mitchell v. Bowman*, 131 F. Supp.); ou (2) quando um empregador atuar direta ou indiretamente no interesse do outro empregador (ou empregadores) em relação ao empregado (*Greenberg v. Arsenal Building Corp., et al.*, 144 F. 2d 292 (C.A.2)); ou, ainda, (3) quando os empregadores não estiverem completamente desassociados em relação ao emprego de um empregado em particular, isto é, nas circunstâncias em que o

---

ano da data efetiva das Normas Justas de Trabalho. Emendas de 1966, (B) para uma semana de trabalho superior a quarenta e duas horas durante o segundo ano a partir de tal data, ou (C) para uma semana de trabalho maior que quarenta horas após o vencimento do segundo ano a partir de tal data, a menos que tal funcionário receba indenização pelo seu emprego que exceda as horas acima indicadas, a uma taxa não inferior a uma vez e meia a taxa normal à qual está empregado. ILO.ORG. **The Fair Labor Standards Act of 1938, as amended 29 U.S.C. 201, et seq.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2364/Fair%20Labor%20Standards%20Act.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2020.

<sup>10</sup> US CODE OF FEDERAL REGULATION. **29 CFR 791.2 - Joint Employment.** Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>. Acesso em: 25 abril 2020.

<sup>11</sup> LINDERT, Marc. **The Joint Employment Doctrine: clarifying Joint Legislative-Judicial Confusion**, 10 Hamline J. Pub. L. & Pol'y 321 (1989). Disponível em: <http://heinonline.org/HOL.License>. Acesso em: 20 jun. 2020.

controle do empregado, direta ou indiretamente, pode ser considerado compartilhado (*Dolan v. Day & Zimmerman, Inc., et al.*, 65 F. Supp. 923 (D. Mass. 1946)).<sup>12</sup>

De fato, em todas as relações verticais de trabalho submetidas à *Lei Fair Labor Standards Act*, uma empresa e um contratante serão considerados “empregadores” se, por uma questão de realidade econômica, o “empregado” depender de um destes, ou de ambos, conjuntamente. Assim, ao avaliar uma possível relação de trabalho conjunta, os tribunais devem “[...] examinar as realidades econômicas do relacionamento entre os trabalhadores, o contratado, e a empresa” (BELIZ, 765 F. 2d 1317, 1327). Se o tribunal, portanto, considerar que o empregado em questão depende parcialmente do contratado e em parte da empresa principal, tanto o contratante como a empresa serão admitidos como empregadores conjuntos, e os dois serão responsáveis pelo cumprimento dos requisitos previstos na lei trabalhista em análise.<sup>13</sup>

*Assim, para avaliar as relações entre empregador e empregado no âmbito da Lei Fair Labor Standards Act*, os tribunais estadunidenses, tradicionalmente, utilizam uma variedade de “fatores” que ajudam a esclarecer as suas reais situações econômicas, bem como auxiliam a desvendar quais empregados dependem de quais empregadores. Por essa razão, dentre os fatores usados pelos tribunais, em vários casos, para analisar a dependência do empregado em contratações verticais de trabalho, destacam-se: (1) a natureza e o grau de controle do contratado e da empresa sobre os empregados; (2) o grau de supervisão, direta ou indireta, do trabalho do contratado e da empresa sobre os empregados, incluindo horários e atribuições de trabalho; (3) o direito, direto ou indireto, de contratar, despedir ou modificar as condições de emprego; (4) a propriedade e o controle das instalações

---

<sup>12</sup> US CODE OF FEDERAL REGULATION. **29 CFR 791.2 - Joint Employment**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>. Acesso em: 25 abril 2020.

<sup>13</sup> BEARDALL, Bill; GEMAN, Rachel; JACKSSON, Todd. **Who is na employer under the FLSA?** Disponível em: [http://www.kyequaljustice.org/file/view/Who+is+an+Employer+under+the+FLSA\\_BeardallB%2C+GemanR%2C+JacksonT.pdf](http://www.kyequaljustice.org/file/view/Who+is+an+Employer+under+the+FLSA_BeardallB%2C+GemanR%2C+JacksonT.pdf). Acesso em: 19 jun. 2020.

onde o trabalho é realizado; (5) o investimento do contratado e da empresa em equipamentos ou materiais necessários para a realização do trabalho; (6) o poder de determinar os valores dos salários ou os métodos de pagamentos; (7) se os empregados dependem do contratado ou da empresa para a preparação da folha de pagamento, registros de pagamentos, contracheques e pagamento de salários; (8) se o contratado ou a empresa assumem responsabilidades iminentes a um empregador, por exemplo, seguros, transporte, habitação, ou instalações outras para os empregados; (9) o grau de dependência dos empregados e contratados em relação ao pagamento pela empresa; (10) o grau de capitalização do contratante em relação à empresa; (11) se a assunção dos lucros ou prejuízos é da contratada ou da empresa; (12) se o serviço prestado pelos empregados e pelo contratado envolve especialização e habilidade próprias; (13) se o serviço consiste em trabalho de rotina, não qualificado; (14) o grau em que o contratado fornece à empresa a força de trabalho em comparação ao produto definitivo ou serviço especializado; (15) o grau de permanência e duração da relação de trabalho: entre o empregado e o contratado, entre o empregado e a empresa; (16) se o serviço prestado pelos empregados e pelo contratado é normal, regular e fase integral das operações de negócios globais da empresa ou processo de produção – um trabalho especializado que é parte integrante do dia a dia da empresa; (17) se os empregados trabalham lado a lado ou em coordenação com outros empregados reconhecidos da empresa; (18) se os termos e as responsabilidades entre a empresa e o contratante passem de um contratante para outro sem alterações materiais; (19) se o contrato entre a empresa e o contratado dá à empresa autoridade para controlar os termos e condições materiais dos empregados; (20) se os empregados ou o contratante podem se recusar a trabalhar para a empresa, se têm exclusividade ou se podem trabalhar para outros clientes; e, por último, (21) se a organização de negócios do contratado pode mudar de uma empresa para outra.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> BEARDALL, Bill; GEMAN, Rachel; JACKSSON, Todd. ***Who is na employer under the FLSA?*** Disponível em: <[http://www.kyequaljustice.org/file/view/Who+is+an+Employer+under+the+FLSA\\_BeardallB%2C+GemanR%2C+JacksonT](http://www.kyequaljustice.org/file/view/Who+is+an+Employer+under+the+FLSA_BeardallB%2C+GemanR%2C+JacksonT)>.

Como se vê, tais fatores servem de meios para identificar fatos específicos em um determinado caso, e, por conseguinte, demonstrar de modo mais claro a dependência, direta ou indireta, entre os negócios da empresa e o contratante em relação aos termos e condições de trabalho do empregado. Com efeito, os fatores retromencionados auxiliam a evidenciar: (1) se o empregado é dependente, exclusivamente, da empresa ou do contratante; ou (2) se o empregado é parcialmente dependente da empresa e parcialmente dependente do contratante, o que significa que era empregado em conjunto da empresa e do contratante, ou seja, o *joint employment*.<sup>15</sup>

Pode-se esclarecer, por fim, que o recurso ao emprego conjunto parece ser ditado, unicamente, pelo fato de que o maior empregador está aparentemente afastado de sua responsabilidade em face dos seus empregados, pela intervenção de um intermediário. O instituto do emprego conjunto não serve, portanto, para determinar se os trabalhadores são empregados ou pequenos empresários, uma vez que já o são do intermediário.<sup>16</sup>

### **3. Recepção do *joint employment* no Brasil e seus reflexos no Direito do Trabalho contemporâneo**

Contando mais de meio século de atraso em relação à experiência histórica do Direito do Trabalho estadunidense, a doutrina e a jurisprudência - em particular, José Eduardo de Resende Chaves Júnior e Cássio Casagrande - reconhecem a aplicação do *joint employment* ao

---

pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

<sup>15</sup> BEARDALL, Bill; GEMAN, Rachel; JACKSSON, Todd. **Who is na employer under the FLSA?** Disponível em: <[http://www.kyequaljustice.org/file/view/Who+is+an+Employer+under+the+FLSA\\_BeardallB%2C+GemanR%2C+JacksonT.pdf](http://www.kyequaljustice.org/file/view/Who+is+an+Employer+under+the+FLSA_BeardallB%2C+GemanR%2C+JacksonT.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

<sup>16</sup> LINDERT, Marc. **The Joint Employment Doctrine: clarifying Joint Legislative-Judicial Confusion**, 10 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 321(1989). Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL.License>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

sistema de normas do trabalho brasileiro, notadamente às relações de trabalho terceirizadas.

Isso, fundamentados na integração do sistema brasileiro de regulação do trabalho pelo Direito comparado, permitida pelo artigo 8º da CLT.<sup>17</sup> <sup>18</sup>

Segundo José Eduardo de Resende Chaves Júnior, acima de tudo pelo fato de a Reforma Trabalhista, inaugurada pela Lei 13.467/17, ter permitido a terceirização na atividade principal da empresa, “[...] parece útil trazer para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto do ‘*joint employment*’, sacramentado na jurisprudência norte-americana desde a década de 40 do século passado[...]”, que, por seu turno, parece ser plenamente compatível com a dogmática brasileira.<sup>19</sup>

Para esse autor, então, o trabalhador que realiza, com habitualidade, função incorporada às atividades essenciais do tomador final dos seus serviços, e, nesta posição, além de subordinado às

---

<sup>17</sup> Art. 8º, CLT. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência) § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência) § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).

<sup>18</sup> CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Terceirização e o ‘Joint Employment’**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/5243201/terceirizacao-e-o->>. Acesso em: 21 jan. 2020.

<sup>19</sup> Art. 4º-A, Lei 13.467/17. “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.”

ordens do seu contratante (empregador putativo), é também sujeito à supervisão, direção ou regramento operacionais impostos pela *res productiva*, tem, em verdade, vínculo empregatício compartilhado com ambas as empresas que se beneficiam, conjuntamente, de seus serviços. Isso, independentemente, de se tratar de terceirização lícita ou ilícita.

O relator, José Eduardo de Resende Chaves Júnior, pois, ao proferir voto em julgamento de acórdão (Processo n. 0010517-31.2017.5.03.0173(RO)) da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, notadamente, no caso Patrick Furtado da Silva vs. Callink Serviços de Call Center Ltda vs. Cielo S/A, manifestou-se favorável à aplicação do instituto jurídico estadunidense do *joint employment*. Com isso, conduziu a Turma a reconhecer a existência de um '*contrato de emprego compartilhado*' entre o empregado, a empresa contratante (Callink Serviços de Call Center Ltda), e a tomadora dos seus serviços (Cielo S/A).<sup>20</sup>

Explica-se, Patrick Furtado da Silva, trabalhador contratado pela Callink Serviços de Call Center Ltda, prestou serviços durante todo o transcurso do seu contrato de trabalho à Cielo S/A, na qual exercia, habitualmente, função ínsita à sua atividade principal, ou seja, o empregado atuava na "atividade permanente do processo produtivo da Cielo". Tanto a empresa de prestação de serviços como a organização tomadora dos serviços se beneficiaram diretamente do trabalho do empregado, razão pela qual foi admitida a incidência do *joint employment* (co-emprego) – doutrina jurídica que alcança todos os beneficiários do trabalho. Seguindo o voto do relator, portanto, a Turma reconheceu o vínculo do trabalhador diretamente com a Cielo S/A, condenando, de maneira solidária, a empresa contratante e a empresa tomadora dos serviços.

---

<sup>20</sup> TRT-MG. **Turma adota teoria do vínculo empregatício compartilhado e defere direitos de bancários a terceirizado da Cielo.** Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-especial-turma-adota-teoria-do-vinculo-empregaticio-compartilhado-e-defere-direitos-de-bancarios-a-terceirizado-da-cielo>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

No caso, a existência da empresa interposta na contratação do empregado apenas serviu para dissimular a real subordinação deste em relação ao beneficiário final dos serviços prestados, isto é, a Cielo S/A. A fim de reparar a ofensa aos direitos trabalhistas, para a qual contribuíram conjuntamente as empresas Callink Serviços de Call Center Ltda e a Cielo S/A, a Turma coligiu pela aplicação do *joint employment*, confirmando o vínculo de emprego com a tomadora dos serviços. Consentâneo o relator:

A doutrina do *joint employment* é um concerto jurídico que, a par de garantir o exercício da livre iniciativa, a flexibilidade da gestão e o foco empresarial nas atividades mais estratégicas, não se descarta dos preceitos constitucionais de proteção ao trabalho humano e de progressividade social.

No que diz respeito ao pagamento das parcelas trabalhistas, outrossim, foi atestada a responsabilidade solidária entre as empresas beneficiárias pelos serviços do empregado, com fundamento nos artigos 932, III, e 942, *caput*, segunda parte, ambos, do Código Civil brasileiro.

Ademais disso, de acordo com a demanda inicial, foi determinado o enquadramento sindical do empregado como bancário. Isso, baseado no artigo 2º, do Estatuto Social da Cielo S/A, o qual define como seu objeto social “arranjo de pagamento”, que, por sua vez, “[...] se caracteriza, em modo operacional, por oferecer sua infraestrutura de rede, equipamento para conexão dos cartões magnéticos e carteira de clientes cadastrados, para efetivar os pagamentos no mercado, por meio de cartões de crédito e débito”.<sup>21</sup>

Do ponto de vista empresarial, evidencia-se, além da conexão de propósitos e interesses, nos moldes do artigo 511 da CLT, a ligação

---

<sup>21</sup> TRT-MG. **Turma adota teoria do vínculo empregatício compartilhado e defere direitos de bancários a terceirizado da Cielo.** Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-especial-turma-adota-teoria-do-vinculo-empregaticio-compartilhado-e-defere-direitos-de-bancarios-a-terceirizado-da-cielo>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

de vínculos de solidariedade social, da categoria profissional, entre as “empresas e trabalhadores de arranjo de pagamento” e as “empresas e trabalhadores do setor financeira e bancário”. Sob a visão trabalhista, depreende-se que as atividades de arranjo de pagamento, ao operarem com os bancos e empresas financeiras de cartão de crédito, equiparam-se às atividades bancárias no tocante à relação de emprego. De fato, conforme o quadro anexo de atividades econômicas e profissionais, previsto pelo artigo 577 da CLT, o enquadramento sindical, tanto da Confederação Nacional das Empresas de Crédito, como da Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito, são, ambos, nos 1º Grupos, respectivamente, da categoria econômica e profissional, os quais alcançam, nessa ordem, os estabelecimentos bancários e os seus empregados.

Ante tal circunstância, a decisão determinou que, ambas as empresas - contratante e tomadora dos serviços - são responsáveis, solidariamente, pelos benefícios do empregado, os quais estão previstos nas Convenções Coletivas de Trabalho (CCTs) dos bancários, como, por exemplo, auxílio refeição, cestas-alimentação, participação nos lucros ou resultados, bem como as diferenças salariais em relação ao piso dos bancários.

Cássio Casagrande, por seu turno, esclarece que, no primeiro precedente relevante sobre o *joint employment*, a *Rutherford Food Corporation* e sua subsidiária - frigoríficos de carne no Estado do Kansas, fornecedores do Exército dos Estados Unidos - em sua linha de produção, que se iniciava com o abate e finalizava com o empacotamento da carne, o processo de desossamento era terceirizado. Os trabalhadores terceirizados, entretanto, além de submetidos à supervisão e ao controle dos prepostos dos frigoríficos, cumpriam jornadas de trabalho determinada pela Rutherford, dentro de suas instalações. No curso do contrato de prestação desses serviços, contraditoriamente, sucederam-se distintos “agenciadores”, permanecendo sempre os mesmos trabalhadores. A Suprema Corte dos Estados Unidos, pois, entendeu que a empresa tomadora dos serviços era, em realidade, efetiva empregadora dos “desossadores”, impondo

sua responsabilidade direta quanto ao pagamento de salários e outros benefícios.<sup>22</sup>

Acrescenta esse autor que, embora a jurisprudência daquele país tenha evoluído, desde então, acerca do *joint employment*, persiste discussão no que diz respeito “[...] a delimitação dos requisitos para o reconhecimento do vínculo de emprego entre terceirizado e tomador de mão-de-obra”. Neste ano, aliás, não obstante a Corte Constitucional haver inadmitido o processo e refutado reexaminar o precedente estabelecido no caso *Rutherford Food Corporation*, esteve, no processo de exame de “repercussão geral”, na pauta da Suprema Corte dos Estados Unidos, situação que envolvia instaladores terceirizados de TV à cabo da Direct TV.

A propósito, Cássio Casagrande traz à tona o caso da Corte britânica, em que se discute, atualmente, acerca da aplicação do *joint employment* na Grã-Bretanha. Conforme dispõe o autor, um grupo de 75 trabalhadores terceirizados, que prestam serviços para a Universidade de Londres dentro de sua organização, ingressou com uma ação trabalhista coletiva na Inglaterra, na qual demanda o reconhecimento dos mesmos direitos e benefícios assegurados aos empregados contratados diretamente por àquela universidade. Com efeito, os autores da ação estão pleiteando, ante a Justiça do Trabalho (*Labor Courts*) do Reino Unido, a incidência da figura jurídica do *joint employment*. Se a teoria estadunidense for aceita neste caso, que é considerado paradigmático pela Justiça britânica, entretantes, os empregados terceirizados participarão, juntamente com os trabalhadores contratados diretamente pelo empregador, das negociações coletivas do sindicato que os representa. Isso significa que ambos os trabalhadores experimentarão as mesmas vantagens e desvantagens negociadas.

Em meio a esse contexto, remonta o autor ao debate

---

<sup>22</sup> CASAGRANDE, Cássio. **Terceirizados do Reino Unido lutam por igualdade de direitos**. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect-to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/terceirizados-do-reino-unido-lutam-por-igualdade-de-direitos-30042018>. Acesso em: 30 abr. 2020.

brasileiro sobre as relações de trabalho terceirizadas, evidenciadas, principalmente, após a Reforma Trabalhista, dada pela Lei nº 13.467/2017. Observa-se que, semelhantemente ao caso britânico, torna-se imprescindível discutir os limites da terceirização no sistema jurídico brasileiro. O princípio da unicidade sindical, previsto no artigo 8º, II, da CF/1988, “[...] impede a solidariedade entre os trabalhadores diretos e terceirizados que prestam serviços para uma mesma empresa, criando condições normativas de trabalho distintas e desiguais dentro de uma mesma empresa [...]”. Assim, se faz premente considerar, tal como ocorre na Justiça do Reino Unido, o direito de igualdade entre o trabalhador terceirizado e o empregado direto da tomadora dos serviços, bem como sua representação sindical.

#### **4. Análise da integração da doutrina do *joint employment* ao sistema brasileiro de normas trabalhistas**

De início, insta-se ressaltar que, por ser a Constituição Federal do Brasil hierarquicamente superior às demais normas, e estando nela o fundamento de validade de todas as outras normas, deve se interpretar o Direito do Trabalho consoante suas normas e princípios. Ademais, a Legislação do Trabalho brasileira constitui, além da Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), as leis sobre a organização e competência da Justiça do Trabalho nos dissídios individuais e coletivos, a Lei do Rito Sumário e as normas que tratam de prerrogativa da Fazenda Pública (Decreto-lei nº 779/1969), bem como do Ministério Público do Trabalho (LC nº 75/1993); incluem-se, também, os regimentos e provimentos administrativos dos tribunais, as resoluções administrativas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e das Corregedorias do Trabalho.<sup>23</sup>

Também, é preciso frisar que o juiz do trabalho sentencia de acordo com o conjunto de normas que compõem o ordenamento

---

<sup>23</sup> LIMA, Gérson Marques de Lima. **Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 153.

jurídico, não podendo, segundo o art. 8º da CLT, deixar de julgar um litígio laboral por existir lacuna ou obscuridade na lei. Desse modo, sendo a regra subsidiária compreendida como o preenchimento de lacunas, e a regra supletiva como complementação normativa, ainda, pressupondo-se que haja compatibilidade entre as normas que se pretende integrar ou complementar, aplica-se o Direito Comparado ao Direito do Trabalho brasileiro.

Considerando tais premissas, no 19º Congresso Nacional da Magistratura do Trabalho (XIX CONAMAT), que teve como principal objetivo discutir e deliberar acerca da Reforma Trabalhista, foi fixada tese considerando que a Lei nº 13.467/2017 deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal brasileira:

[...] à luz de interpretação sistemática e finalística, conforme a Constituição, enxergando-se essa técnica como um verdadeiro dever do magistrado com respaldo no artigo 2º do Código de Ética da Magistratura/CNJ, bem como nos artigos 1º, 8º e 139 do Código de Processo Civil, além do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e artigos 8º, caput e 769 da CLT.<sup>24</sup>

A par disso, com o intento de examinar a integração do instituto do *joint employment* ao sistema de normas trabalhistas brasileiras, infere-se, em primeiro lugar, que a terceirização, que a cada dia vem se alargando, envolve três partes: a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora; o trabalhador, prestador dos serviços, que realiza as atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; e a empresa terceirizante, que contrata o trabalhador, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas.<sup>25</sup> Outrossim, a terceirização consiste na transferência de alguns serviços ou etapas da produção de uma empresa para outra, em caráter continuado, mediante um

---

<sup>24</sup> ANAMATRA. **CONAMAT/TESES – Plenária Final**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>25</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Ltr, 2018, p. 534.

contrato de natureza civil. Implica, portanto, a dissociação do vínculo econômico em relação ao de teor jurídico nas ligações de trabalho, provocando um trato trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista.<sup>26</sup>

A realidade mundial de alta competitividade fomentou o mercado da terceirização, criando-se dois grandes grupos: a terceirização interna, que traz para a empresa trabalhadores alheios; e a terceirização externa, que, por sua vez, leva para o exterior da empresa as etapas de seu ciclo produtivo. Com efeito, Marcos Túlio Viana explica a diferenciação entre as duas espécies de terceirização, fazendo uma comparação com o trabalho por conta própria e aquele por conta alheia. Isso significa que a terceirização interna se assemelha ao trabalho por conta alheia, pois desloca o empregado para fora da relação jurídica de emprego, conforme dita: “[...] uma empresa se serve dos empregados contratados por outra, e o que lhe interessa, diretamente, é a própria prestação de serviços. Assim, à medida que o produto é construído, vai passando automaticamente para suas mãos”. Já a terceirização externa mais se aproxima do conceito de trabalho por conta própria, “uma empresa contrata a outra, mas o que lhe interessa é o produto final. Por isso, só ao término da produção passa a ter propriedade sobre ele”.<sup>27</sup>

Segundo o autor acima, por um lado, a terceirização interna divide os trabalhadores em cada empresa, provocando disputa entre terceirizados e não terceirizados, o que desagrega a própria classe trabalhista. O empregado efetivo de hoje pode num futuro próximo se tornar o terceirizado; e vice-versa. Assim, em um processo disruptivo, ambos concorrem diuturnamente ao emprego. De outro lado, a terceirização externa desmembra cada empresa em diversas ‘parcerias’, distribuindo, conseqüentemente, seus trabalhadores, os quais são

---

<sup>26</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e processo do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 132.

<sup>27</sup> VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. **Revista TST**, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez., 2012, pp. 200-201.

controlados a distância por vias tecnológicas.<sup>28</sup>

No sistema normativo do trabalho brasileiro, a terceirização interna é, atualmente, prevista no artigo 4º-A, da Lei nº 6.019/1974, incluído pela Lei nº 13.467/2017, o qual declara a prestação de serviços a terceiros como a transferência realizada pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços, sem configurar vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante.<sup>29</sup>

Ora, quão desproporcional à realidade socioeconômica brasileira foi a previsão legislativa, ao incentivar a vulgarização dos contratos de trabalho terceirizados, que suplantou a própria sede constitucional do País. Parece, pois, evidente que a Constituição Federal de 1988 impôs limites ao sistema de terceirização trabalhista, fato indicativo de que este esbarra em seus fundamentos e objetivos, dentre os quais a dignidade humana (art. 1º, III) e a igualdade (art. 3º, I); além da valorização social do trabalho e do emprego (art. 1º, III; c/c art. 170, *caput*).<sup>30</sup> Em clara afronta aos preceitos constitucionais, tais inovações trabalhistas, segundo Maurício Godinho Delgado, “Ao revés de regular e civilizar a terceirização trabalhista, tornou-a potenciada, descontrolada, exacerbada”.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 34.

<sup>29</sup> Art. 4º-A, Lei 6.019/74: “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 dada pela Lei nº 13.467, 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).

<sup>30</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Ltr, 2018, p. 553.

<sup>31</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Ltr, 2018, p. 582.

Sobressai-se, ainda, o fato de que a Reforma Trabalhista de 2017, *contrario sensu*, ampliou a incidência da prestação de serviço terceirizada à atividade-fim da empresa, ao mesmo tempo em que facultou a isonomia remuneratória entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa tomadora dos serviços, nos moldes do artigo 4º-C, §1º, da Lei nº 6.019/1974, incluído pela Lei nº 13.467/2017.<sup>32</sup>Afastou, desse modo, a obrigatoriedade de salário equitativo nas terceirizações lícitas, provocando uma “[...] discriminação de trabalhadores no mercado socioeconômico”<sup>33</sup>.

Pode-se ressaltar a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais, ou seja, é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, sete ministros votaram a favor da terceirização de atividade-fim e quatro contra.<sup>34</sup>

Merece menção, ainda, o ponto em que, coerentemente à jurisprudência trabalhista, preconizada na Súmula 331 do TST, a qual alcança todas as espécies de terceirização, a Reforma Trabalhista aprovou a existência da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, em hipótese de inadimplemento da prestadora dos serviços, nos termos do artigo 5º-A, §5º, da Lei nº 6.019/1974, implementado pela Lei nº 13.429/2017.<sup>35</sup> Isso significa que, em mais um aspecto, o

---

<sup>32</sup> Art. 4º-C, Lei nº 6.019/1974. § 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

<sup>33</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Ltr, 2018, p. 553.

<sup>34</sup> STF. Notícias STF de 30 de agosto de 2018. **STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais**. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429)>. Acesso em 17 dez. 2020.

<sup>35</sup> Art. 5º-A, Lei 6.019/74. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017); § 5º. A

sistema de normas trabalhistas brasileiro permaneceu aquém da jurisprudência estadunidense, que em situações semelhantes inflige o instituto do *joint employment*, que reconhece a responsabilidade solidária entre ambas as empresas, no que diz respeito as obrigações trabalhistas.

A terceirização externa, por seu turno, mais se aproxima, nos moldes do artigo 2º, parágrafos 2º e 3º, da CLT, ao grupo econômico, “[...] e pode assim ser aplicado à empresa em rede, mesmo que essa seja informal”. Aliás, em tempos de globalização, as empresas, regra geral, se organizam em rede, funcionando como uma verdadeira “constelação de empresas”. As grandes empresas concentram-se no foco de suas atividades, enquanto as pequenas se especializam cada vez mais, chegando ao ponto de parecerem departamentos daquelas. Como bem explica Márcio Túlio Viana, “De certo modo, é como se a subordinação – antes restrita às relações empresa-empregado – se deslocasse também para a relação empresa-empresa. Em certa medida, até os trabalhadores da contratada seguem as diretrizes da contratante”.<sup>36</sup>

Apesar da empresa em rede seguir as diretrizes do grupo econômico, geralmente, atua de modo informal. De fato, tal como os grupos econômicos, as empresas em rede são constituídas por duas ou mais organizações, cada uma com personalidade jurídica própria, e concebidas acaso as empresas implicadas estejam sob a direção, controle ou administração de outra; ou quando, mesmo sustentando cada uma das empresas a sua autonomia, mantenham unidade econômica. Tais circunstâncias,<sup>37</sup> entretanto, dificilmente são

---

empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

<sup>36</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, pp. 41 e 77.

<sup>37</sup> Art. 2º, CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. §2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada

comprovadas.<sup>38</sup>

Desse modo, muito embora os grupos econômicos tenham responsabilidade solidária quanto às verbas trabalhistas de seus empregados, não raras vezes, conforme aduz Márcio Túlio Viana “[...] se tem falado em terceirização – e não em grupo – mesmo se o grupo existe; e assim as decisões deslizam do art. 2º, §2º, da CLT para a Súmula 331 do TST”. Invoca-se, portanto, a responsabilidade subsidiária.<sup>39</sup>

A exegese de tais disposições, por fim, revela que o *joint employment* é perfeitamente compatível com as normas trabalhistas brasileiras, concernentes à terceirização. Isto, a seu turno fundamenta a integração do sistema brasileiro de regulação do trabalho pelo Direito comparado, em circunstâncias nas quais um trabalhador exerce função, a qual, ao mesmo tempo, beneficia duas ou mais empresas.<sup>40</sup> Aliás, para enfrentar a clarividente precarização, naturalmente suscitada pela terceirização trabalhista, tanto em sua modalidade interna como externa, e, ainda, seja lícita ou ilícita, compreende-se como possibilidade teórica a ampla aceitação do *joint employment*.

---

uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. § 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.” (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).

<sup>38</sup> GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Reforma trabalhista altera caracterização de grupo econômico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/gustavo-garcia-reforma-trabalhista-muda-conceito-grupo-economico>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

<sup>39</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 79.

<sup>40</sup> TRT-MG. **Turma adota teoria do vínculo empregatício compartilhado e defere direitos de bancários a terceirizado da Cielo**. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-especial-turma-adota-teoria-do-vinculo-empregaticio-compartilhado-e-defere-direitos-de-bancarios-a-terceirizado-da-cielo>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

## 5. Considerações finais

Como resultado da política econômica e social do *New Deal*, o instituto do *joint employment* surgiu, particularmente, na jurisprudência dos Estados Unidos com o intento de delinear as situações em que o empregado executa função que beneficia, simultaneamente, dois ou mais empregadores, ou trabalha para dois ou mais empregadores, em distintos horários durante a semana, mas numa relação de trabalho comum. Nesta espécie de contrato, então, a jurisprudência reconheceu a existência de vínculo de emprego conjunto, com dois ou mais empregadores, implicando dizer que todos os empregadores são responsáveis, individual e solidariamente, pelo cumprimento das disposições aplicáveis às relações de emprego.

No Brasil, especialmente após o alargamento do fenômeno da terceirização, uma vez que foi autorizado tanto na atividade-meio como na atividade-fim das empresas, a doutrina e a jurisprudência têm suscitado a aplicação do *joint employment* ao sistema de normas do trabalho brasileiro, notadamente às relações de trabalho terceirizadas.

De fato, a intensa concorrência entre as empresas – que, muito embora, por vezes, é desleal, haja vista evidente descompasso do Direito em relação às regras de livre-mercado – não pode se sobrepor às questões sociais, exigindo-se patamar mínimo sustentável que alcance o equilíbrio entre o capital e o trabalho.

Impende, assim, reafirmar que a força de trabalho não pode mais ser considerada como um simples fator de produção ou mecanismo operacional para produção e circulação de produtos e serviços em que o único intuito é obtenção de lucro. Esta compreensão não parece mais ser apropriada perante as premissas estabelecidas pelos direitos e garantias fundamentais previstos nem na OIT, tampouco na Constituição Federal de 1988.

Por fim, para debelar inequívoca precarização, ínsita à terceirização trabalhista, com fundamento na integração do sistema

brasileiro de regulação do trabalho pelo Direito comparado, entende-se crível o reconhecimento do instituto estadunidense do *joint employment*.

## Referências

ANAMATRA. **CONAMAT/TESES – Plenária Final**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BEARDALL, Bill; GEMAN, Rachel; JACKSSON, Todd. **Who is na employer under the FLSA?** Disponível em: <<http://www.kyequaljustice.org/file/view/Who+is+an+Employer+under+the+FLSA+BeardallB%2C+GemanR%2C+JacksonT.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

CASAGRANDE, Cássio. **Terceirizados do Reino Unido lutam por igualdade de direitos**. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/terceirizados-do-reino-unido-lutam-por-igualdade-de-direitos-30042018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/terceirizados-do-reino-unido-lutam-por-igualdade-de-direitos-30042018). Acesso em: 30 abr. 2020.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Terceirização e o 'Joint Employment'**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/5243201/terceirizacao-e-o->>. Acesso em: 19 jun. 2020.

CONJUR. Anuário. **TST depende do STF para consolidar aplicação da reforma**. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2019-jun-01/anuario-tst-depende-stf-consolidar-aplicacao-reforma](http://www.conjur.com.br/2019-jun-01/anuario-tst-depende-stf-consolidar-aplicacao-reforma)>. Acesso em 17 dez. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Reforma trabalhista altera caracterização de grupo econômico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/gustavo-garcia-reforma-trabalhista-muda-conceito-grupo-economico>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

ILO.ORG. **National Labor Relations Act**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2367/National%20Labor%20Relations%20Act.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

ILO.ORG. **The Fair Labor Standards Act of 1938, as amended 29 U.S.C. 201, et seq.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2364/Fair%20Labor%20Standards%20Act.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2020.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e processo do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2013.

LINDERT, Marc. **The Joint Employment Doctrine**: clarifying Joint Legislative-Judicial Confusion, 10 Hamline J. Pub. L. & Pol'y 321(1989). Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL.License>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: **História da vida privada**: da Primeira Guerra a nossos dias. Prost, Antoine; Vicent, Gérard. (Org.) Trad. de Denise Bottmann e Dorothée de Bruchard. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

REICH, Robert B. **Supercapitalismo**: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Trad. de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REZENDE FILHO, Cyro de Barros. **História Econômica Geral**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2016.

ROUTESTOFINANCE.COM. **Informações sobre a Fair Labor Standards Act (FLSA)**. Disponível em: <<https://pt.routestofinance.com/fair-labor-standards-act>>. Acesso em: 7 maio 2020.

STF. Notícias STF de 30 de agosto de 2018. **STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais**. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429)>. Acesso em 17 dez. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 25 abril 2020.

TRTMG. **Turma adota teoria do vínculo empregatício compartilhado e defere direitos de bancários a terceirizado da Cielo**. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-especial-turma-adota-teoria-do-vinculo-empregaticio-compartilhado-e-defere-direitos-de-bancarios-a-terceirizado-da-cielo>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

US CODE OF FEDERAL REGULATION. **29 CFR 791.2 - Joint Employment**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>>. Acesso em: 25 abril 2018.

US SUPREME COURT. **Rutherford Food Corp. v. McComb, 331 U.S. 722 (1947)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/331/722/case.html>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. **Revista TST**, v. 78, n. 4, pp. 198-224,

out./dez., 2012.

VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

# Capítulo 03

## LITIGÂNCIA TRABALHISTA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EM PERSPECTIVA COMPARADA

Cássio Casagrande<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo traz a lume o Direito norte-americano para compará-lo com o Direito do Trabalho brasileiro, ao tempo em que desmistifica alguns argumentos, como o de que a legislação dos EUA não possui regras protetivas do trabalho ou de que o número de ações trabalhistas é consideravelmente diminuto, em comparação com as ações que correm na Justiça do Trabalho no Brasil.

**Palavras-chaves:** Direito Comparado. Justiça norteamericana. Ações trabalhistas.

### 1. Introdução:

Muitos críticos da legislação laboral brasileira - especialmente os economistas de matriz liberal - sustentam que o Brasil deveria inspirar-se nos Estados Unidos, onde, segundo apregoam, “não há CLT, Justiça do Trabalho e o número de ações trabalhistas é pequeno”. A adoção do modelo americano de regulação do trabalho, sustentam, ajudaria a diminuir o “Custo Brasil”.

Quem defende ou repete estas ideias demonstra pouco

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), da graduação e mestrado (PPGDC). Procurador do Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro. Colunista do portal JOTA.

conhecimento sobre o Direito do Trabalho e o sistema de justiça norte-americanos. Os Estados Unidos possuem, sim, uma legislação trabalhista flexível, mas ela é abrangente e complexa, os tribunais americanos detêm ampla competência para julgar conflitos laborais, exercendo-a com rigor, e as empresas americanas gastam bilhões de dólares anualmente com indenizações (e custos judiciais) decorrentes de processos trabalhistas.

## 2. A legislação trabalhista

Os Estados Unidos não possuem uma legislação trabalhista sob a forma de consolidação ou de código. Mas isto simplesmente se deve ao fato de que na tradição da *Common Law* que aquele país segue não se favorece a adoção de leis gerais codificadas e especializadas, mas sim de leis esparsas e precedentes judiciais como principal fonte do direito. Os EUA não possuem um Código ou Consolidação de Leis do Trabalho como também não possuem um Código Civil ou Código Eleitoral. Isto não significa que por lá inexistam leis civis (sobre direito de família, propriedade, contratos, etc), eleitorais (sobre a forma de organização das eleições) ou trabalhistas (sobre limitação de jornada, salário mínimo, trabalho infantil, segurança no trabalho, etc.).

Além disto, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a União tem competência privativa para legislar sobre direito do trabalho - em razão do que a lei trabalhista é uniforme em todo o país, efeito aliás decorrente da ideologia francesa de codificação aqui adotada -, nos EUA tanto o governo federal como os Estados federados podem editar normas sobre relações de trabalho, sendo concorrente a competência para legislar nessa matéria. E todos o fazem, conforme o demonstra fartamente a jurisprudência da Suprema Corte, em cujo rol de decisões históricas se encontram vários casos de apreciação de constitucionalidade de leis trabalhistas estaduais, como os célebres julgamentos *Lochner v. New York (1905)*, *Muller v. Oregon (1908)*, *West Coast Hotel v. Parrish (1937)*, entre tantos outros. Ou seja, empresas de

âmbito nacional como a IBM, o Wal-Mart ou a Hertz, que estão instaladas em todos os estados do país, precisam observar a legislação trabalhista federal (esparsa em vários diplomas, como logo veremos) e a legislação trabalhista diferente de 50 estados. Obviamente, isto representa um alto custo de serviços jurídicos, pois estas empresas precisam contratar advogados locais quando a legislação trabalhista estadual é invocada. Além do que, é claro, as políticas de recursos humanos são afetadas, sendo encarecidas porque devem adaptar-se a cada realidade local. E as disparidades entre as leis trabalhistas estaduais são tamanhas que, segundo a consultoria Hiscox, o risco de o empregador ser processado por um empregado pode variar de 15% (Missouri) a 66% (Novo México).

Abstraindo a complexidade das legislações estaduais, e ao contrário do que se imagina, a legislação federal tampouco é simples, inclusive pelo fato de não estar corporificada em um único diploma. As mais importantes delas são a *National Labor Relations Act, de 1935*, que cuida de direito coletivo do trabalho (*Labor Law*) e a *Federal Labor Standards Act - FLSA*, reguladora do direito individual do trabalho (*Employment Law*) editada em 1938, ambas concebidas como parte das políticas do *New Deal* do presidente F. D. Roosevelt. Não custa lembrar que estas normas são, pois, anteriores à nossa CLT, e mesmo sendo mais antigas que ela, ninguém nos EUA a acoima de “anacrônica” – ao contrário; o governo do Presidente Barack Obama reforçou em 2014 a cobertura da FLSA determinando a sua aplicação a trabalhadores que antes não eram regulados por ela.

Ao longo do tempo, a FLSA sofreu diversas alterações (como ocorreu com a CLT). Esta norma basicamente introduziu o salário mínimo, fixou a jornada semanal em 40 horas, com limite máximo de quatro horas extras semanais, estabeleceu o pagamento de horas extras com adicional de 50%, proibiu o trabalho infantil e regulamentou o trabalho de adolescentes. Em 1963 entrou em vigor o *Equal Pay Act*, determinando o direito de equiparação salarial (*equal pay for equal work*) e coibindo discriminações por gênero. Em 1967, através da *Age Discrimination in Employment Act*, proibiu-se a discriminação salarial em razão da idade. Em 1983, a *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act* estendeu a legislação trabalhista aos trabalhadores

rurais volantes. Há também leis específicas sobre saúde e segurança no trabalho (*Occupational Safety and Health Act*, de 1970 e *Mine Safety and Health Act* de 1977), direito a afastamentos legais (*Family Medical Leave Act*, 1993) e sistema de seguro social e planos de saúde (*Employment Retirement Income Security Act - ERISA*, 1974). Há ainda uma série de normas que, embora não tenham foco na relação de trabalho, criam de forma incidental regulações que impactam os contratos laborais, como o *Civil Rights Act* de 1964, o *Pregnancy Discrimination Act* de 1978, o *Americans with Disabilities Act*, de 1990, o *Genetic Information Non-Discrimination Act* de 2008, todos estes estabelecendo normas antidiscriminatórias no trabalho, ou o *Patient Protection and Affordable Care Act*, de 2010, que estabelece a obrigatoriedade, para o empregador, de assegurar espaço com privacidade para as trabalhadoras lactantes.

Finalmente, neste tópico, é preciso considerar que sendo um país de *Common Law*, também são fontes primárias do direito do trabalho norte-americano os milhares de precedentes em matéria trabalhista fixados por tribunais administrativos como o *National Labor Relations Board (NLRB)* e pelas cortes de justiça estaduais e federais, inclusive aqueles estabelecidos pela prestigiada Suprema Corte do país, que possui caudalosa e relevante jurisprudência em direito do trabalho, como se verá mais adiante.

### 3. Judicialização das relações de trabalho

Os Estados Unidos não possuem uma “Justiça do Trabalho”, porque isto se deve ao fato de que o modelo americano de organização judiciária não segue o padrão de especialização *rationae materiae*, típico em nosso mundo da *Civil Law* (padrão que compartilhamos com a Europa Continental). Mas isto não significa que não haja nos EUA “jurisdição trabalhista”, isto é, atribuição de competência aos tribunais americanos para decidirem sobre questões relacionadas a conflitos entre patrão e empregado. Tanto os tribunais federais (em relação às leis trabalhistas da União) como as cortes estaduais

(relativamente às leis trabalhistas estaduais) julgam questões decorrentes de relações entre empregado e empregador semelhantes às que são submetidas à Justiça do Trabalho no Brasil, sendo as mais comuns: reconhecimento de vínculo de emprego (inclusive quando o trabalhador é fraudulentamente contratado como “autônomo” – *independent contractor missclassification*), pagamento de horas extras não reconhecidas e discussão sobre se o empregado está ou não sujeito controle de horário (*overtime pay; exemption clause*), falta de registro da jornada de trabalho (*work off the clock*), supressão de intervalos (*missed rest and break meals*), horas in itinere (*transportation to and from work site*), divergências quanto à terminação do contrato (*wrongful termination*), danos morais decorrentes de ações discriminatórias e de abuso de poder como assédio moral e sexual (*harassment*, muito frequentes nas cortes americanas), conflitos decorrentes de planos de saúde vinculados ao contrato de trabalho (*ERISA*), entre outras.

Uma crítica comum que recai sobre a Justiça do Trabalho no Brasil tem como alvo o que seria uma excessiva sumularização de sua jurisprudência. O TST estaria “legislando” ao editar muitas súmulas e isto não teria paralelo nos EUA. Atendendo a essa censura, o Congresso nacional aprovou a Reforma Trabalhista em 2017, que alterou o artigo 702 da CLT e estabeleceu requisitos mais severos para adoção de súmulas pelo TST, que desde então deixou de editá-las.

Como já vimos no tópico anterior, em razão do sistema *stare decisis* adotado na *Common Law*, qualquer decisão de um tribunal americano produz por si só o mesmo efeito que o de uma súmula no Brasil, uma vez que o seu caráter vinculante é inerente ao próprio sistema. E, como já mencionamos, o “direito do trabalho jurisprudencial” nos EUA é prolífico. Um atento olhar comparativo mostrará, inclusive, que muito do conteúdo das súmulas do TST também é matéria de “jurisprudencialização” no direito norte-americano. Escolhamos ao acaso três verbetes da jurisprudência sumular do TST que costumam ser criticados no Brasil, e veremos que a mesma matéria foi objeto de apreciação pela Suprema Corte dos EUA. A súmula 6, item IV, estabelece critérios para fixação do marco prescricional em pedidos de equiparação salarial; idêntica questão foi levada em 2007 à Suprema

Corte, que fixou precedente no caso *Ledbetter v. Goodyear Tire & Co* (550 U.S. 618). As súmulas 366 e 449 tratam da controversa questão sobre a exigibilidade de pagamento dos minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho; a Suprema Corte americana já se manifestou sobre esta questão em duas ocasiões, no caso *Anderson v. Mt. Clemens Potteru Co.* (1946) e mais recentemente, no caso *Sandifer v. United States Steel Corp.* (2014). A OJ 17 do TST estabelece entendimento sobre a constitucionalidade de fixação de contribuição assistencial compulsória em acordos coletivos, para os empregados não associados ao sindicato; em decisão recente, a Suprema Corte dos EUA apreciou exatamente questão semelhante em *Janus v. AFCME* (2018). As soluções judiciais, cá e lá, não foram necessariamente as mesmas, mas o que se quer ressaltar é a inevitabilidade da criação judicial do direito em matéria trabalhista, em qualquer lugar do mundo, especialmente porque a lei não consegue acompanhar, no mesmo passo, as transformações rápidas das relações de trabalho.

No período 2009-2016, a Suprema Corte dos EUA julgou o mérito de 62 casos envolvendo questões trabalhistas, sendo que todos eles passaram a ser precedentes vinculantes (cerca de dez por cento dos casos julgados pela Suprema Corte a cada ano estão relacionados a causas trabalhistas). Ou seja, uma média de 8,85 ao ano, enquanto que a média de criação de súmulas pelo TST é de 9,62 súmulas por ano: nada muito diferente. A comparação é cabível, porque nos EUA a Suprema Corte não apenas interpreta a Constituição, como também tem a função de uniformizar a interpretação da legislação federal, inclusive a trabalhista.

#### **4. Litigância trabalhista em números**

É fato que nos EUA o número de ações trabalhistas é menor que no Brasil. Mas isto se deve, antes de tudo, a dois fatores: 1) existência de um sistema amplo de jurisdição administrativa trabalhista no plano federal e estadual e 2) preponderância de coletivização do processo

relativos a conflitos laborais.

Nos EUA, há inúmeros sistemas extrajudiciais de resolução de conflitos laborais, tanto em nível federal como estadual, que são bastante eficientes. Por exemplo, a *National Labor Relations Board* exerce jurisdição trabalhistas sobre conflitos relativos à liberdade sindical, à greves e aos atos antissindicais. A *Equal Employment Opportunity Commission* é um órgão federal que funciona como um tribunal administrativo, com poderes de investigação, para questões relativas a discriminação nas relações de trabalho. Este órgão sozinho aprecia cerca de cem mil denúncias por ano, podendo não apenas resolver os conflitos por decisão administrativa, como também, em caso de recidiva, ajuizar ações coletivas para obter *injunctions* (ordem judicial) contra os empregadores renitentes, em papel semelhante ao desempenhado pelo Ministério Público do Trabalho no Brasil. A *Wage and Hour Division - WHD* é o órgão do *Department of Labor* para fiscalização das normas sobre jornada do trabalho, igualmente exercendo jurisdição administrativa. Há também, com semelhante perfil, a agência federal *Occupational Safety and Health Agency - OSHA*. Os estados possuem órgãos congêneres, que atuam para proteger e impor o cumprimento da legislação (*law enforcement*), como por exemplo a *California Division of Labor Standards Enforcement*, perante a qual também é possível a apresentação de reclamações trabalhistas. Além disto, a arbitragem é largamente utilizada nos EUA para questões trabalhistas, o que evita maior afluxo ao judiciário.

Com relação ao poder judiciário, nos EUA a ação trabalhista típica é uma *class action*, isto é, uma ação coletiva. Ou seja, o trabalhador, ao ajuizar uma ação, pode representar todos os demais empregados e ex-empregados que estão ou estavam em idêntica situação de fato e de direito (e os trabalhadores representados sequer precisam anuir com o ajuizamento da ação, pois eles automaticamente são considerados como parte no processo). Trata-se de algo semelhante ao que aqui denominamos “substituição processual”, porém ampliada. Assim, em uma única ação litigam de fato centenas ou milhares de trabalhadores, o que faz com que as ações atinjam valores estratosféricos. De acordo com o site *www.law360.com*, as empresas americanas pagaram no

ano de 2015 aproximadamente 2,5 bilhões de dólares apenas em acordos judiciais trabalhistas na Justiça Federal relativos a processos coletivos (*class actions*) de horas extras. Observe-se que este dado não inclui ações relativas a outras matérias, nem aquelas decididas ou acordadas na justiça dos estados, em órgãos extrajudiciais estatais (*law enforcement agencies*) ou em juízo arbitral, comuns naquele país.

Alguns exemplos concretos de *class actions* trabalhistas nos EUA: em 2006 a IBM pagou 65 milhões de dólares em uma ação trabalhista relativa a horas extras não pagas - o valor foi fixado em acordo na justiça federal; em 2014, a justiça estadual da Pensilvânia condenou o Wal-Mart a pagar a bagatela de 188 milhões de dólares por supressão de intervalos intrajornada e não pagamento de horas extras (a decisão beneficiou 187 mil trabalhadores, embora esta fosse considerada, para fins estatísticos, uma única ação trabalhista...); em 2016, em ação ajuizada na Justiça do Estado de Illinois, a Amazon concordou em pagar 3,7 milhões de dólares aos trabalhadores residentes neste estado, relativamente aos minutos que os trabalhadores gastam em inspeções de segurança ao início e término da jornada de trabalho. Em fevereiro de 2017, a Disney, em acordo homologado na Justiça Federal da Califórnia, pagou 100 milhões de dólares aos seus animadores por formar um cartel com outras empresas do setor a fim de manter os salários daqueles profissionais artificialmente abaixo do valor de mercado. Nem mesmo os famosos clubes de *strip-tease* escapam da jurisdição trabalhista americana: uma enxurrada de ações coletivas vem obrigando os donos das casas a registrar os contratos de trabalho das *strippers* – originalmente contratadas como autônomas - e a lhes pagar diferenças salariais e horas extras. Em uma das ações, a Deja Vu Entertainment Corporation fechou acordo com as dançarinas do estado de Michigan por 11,3 milhões de dólares em 2011. Há processos semelhantes que chegam a quarenta milhões de dólares. Empresas como Larry Flint Hustler's Club, Showgirls e Little Darlings também estão respondendo processos semelhantes na justiça federal da Califórnia. Todos estes casos milionários de ações coletivas estão registrados na grande imprensa dos EUA e são facilmente encontrados na internet, bastando digitar nos buscadores o nome das empresas

aqui citadas e "*labor (ou employment) class action*". Segundo dados do site *law360.com*, somente a justiça federal dos EUA recebe por ano cerca de dez mil *class actions* relativas a horas extras. Pode parecer pouco, mas calculando-se de forma bastante modesta que em cada ação estão representados pelo menos cem trabalhadores, percebe-se que estes processos envolvem no mínimo, numa estimativa muitíssimo conservadora, por volta de um milhão de trabalhadores por ano.

Vejam os alguns outros dados sobre a judicialização das relações trabalhistas nos EUA. Alega-se frequentemente no Brasil que a Justiça do Trabalho é demasiadamente protetiva ao empregado; mas de acordo com a consultoria americana XCELHR, 67% das ações trabalhistas nos EUA são julgadas favoravelmente ao empregado. Ainda segundo a mesma fonte, seis de cada dez empregadores sofreram uma ação trabalhista nos últimos cinco anos naquele país. O custo médio apenas com despesas judiciais em uma ação trabalhista é de 45 mil dólares. Uma outra pesquisa com empresas de até 500 empregados revelou que em um quinto dos processos trabalhistas nos EUA o custo médio para o empregador (incluindo a indenização à parte autora e as despesas judiciais) foi de 125 mil dólares. A duração média dos processos foi de 275 dias (ou seja, o empregador americano não consegue postergar o pagamento do seu passivo trabalhista por quatro ou cinco anos como acontece aqui). Quando não há acordo (*settlement*), a média das condenações ficou em 200 mil dólares, sem contar neste caso as despesas judiciais. Em um quarto das condenações o valor foi 500 mil dólares ou mais (Fonte: *Employment Practice Liability: Jury Award Trends and Statistics 2013 Edition, Thompson Reuters*). No Brasil, de acordo com os dados oficiais do TST, o valor médio das ações na justiça do trabalho, considerado o período 2010-2016 foi de aproximadamente R\$ 5.000,00 (média no período de valores pagos ao reclamante x número de ações ajuizadas). Portanto, ainda que fosse verdadeira a afirmação de que os EUA têm menos ações trabalhistas, os valores pagos pelas empresas americanas em ações deste tipo são infinitamente maiores do que no Brasil. Deve-se lembrar que, especialmente em casos de danos morais ocorridos no trabalho, os valores indenizatórios nos EUA são altíssimos em razão do sistema de *punitive damages* lá adotado, em que o *quantum*

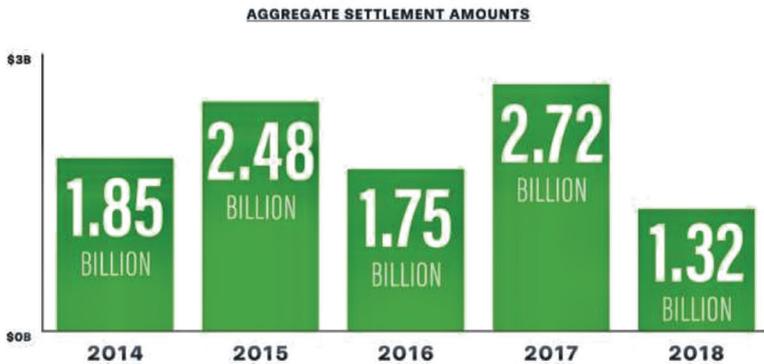
devido é fixado considerando-se a natureza pedagógica da medida e a capacidade financeira da empresa.

Façamos uma breve comparação para verificar a diferença entre os dois países neste quesito: aqui no Brasil, em Porto Alegre, no ano de 2010, uma empresa de segurança resolveu simular um assalto ao seu próprio estabelecimento, para verificar se os seus empregados estavam adequadamente treinados para a situação. Os “atores” entraram na empresa encapuzados, portando armamento verdadeiro e intimidaram violentamente os empregados com gritos e ameaças, os quais, apavorados, não sabiam que se tratava de um “treinamento”. Uma das empregadas, tendo sofrido grande estresse emocional, processou a empresa e recebeu à título de danos morais, na Justiça do Trabalho, o valor de cinco mil reais (*TRT 4a. Região, 0000772-37.2013.5.04.0012, autora Michele Diniz Costa, réu Brink's Segurança e Transporte de Valores Ltda.*). Na Califórnia, em 2011, um supervisor de segurança de uma empresa na região de Bakersfield teve a mesma “brilhante ideia”: simulou um assalto à própria empresa, para ver se uma empregada que lidava com numerário estava preparada para adotar as medidas de segurança corretas. Ele entrou na empresa com uma máscara de mergulho e disse que estava armado (embora não portasse arma alguma). A empregada, que não sabia do experimento, ficou traumatizada e processou o empregador. A condenação do empregador perante a Justiça do Estado da Califórnia resultou em indenização de 360 mil dólares (*Lee v. West Kern Water District et al., California, Kern County Superior Court, S-1500-CV-277481*).

O escritório de advocacia empresarial Seyfarth Shaw, baseado em Chicago, Illinois, produz anualmente o mais completo relatório sobre ações coletivas trabalhistas ajuizadas em cortes federais e estaduais dos Estados Unidos (*Seyfarth Shaw Annual Workplace Class Action Litigation Report*). O trabalho inclui a análise sobre disputas relativas a remuneração e jornada (*wage and hour litigation*), discriminação no emprego (*employment discrimination*) e planos de aposentadoria (*relativos à lei ERISA – Employment Retirement Income Security Act*). A pesquisa examina ano a ano as tendências das demandas e de decisões judiciais sobre diversas matérias de litígio trabalhista. Além

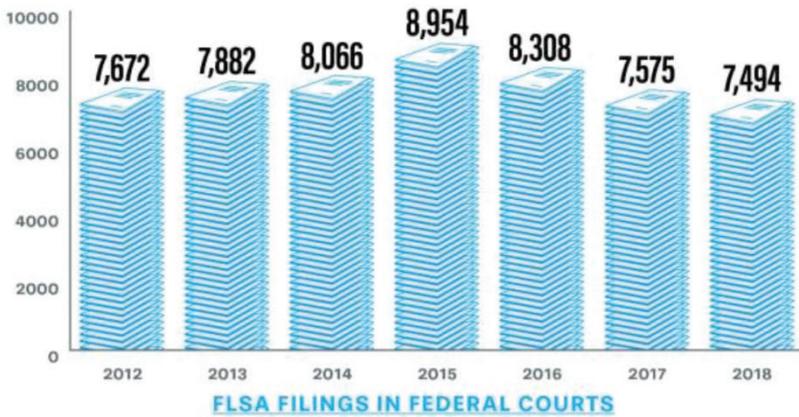
disso, reúne estatísticas sobre número de ações e valores pagos em acordos ou execuções.

É importante lembrar que nos EUA cerca de 85% das *employment class actions* terminam em acordo (*settlement*), pois por uma série de motivos os empregadores tentam evitar ao máximo a severidade das condenações judiciais. De acordo com a edição de 2019 do relatório Seyfarth Shaw, as empresas americanas pagaram cerca de 2 bilhões de dólares anuais, na média dos cinco últimos anos, apenas com acordos trabalhistas em ações coletivas relativas às matérias anteriormente referidas, conforme o quadro que segue:



Fonte: 15th. Annual Workplace Class Action Litigation Report, Seyfarth Shaw LLP, 2019, Chicago

O número de *class actions* trabalhistas no judiciário federal dos Estados Unidos (em questões relativas à legislação trabalhista federal – *Fair Labor Standards Act*, de 1938) tem permanecido estável nos últimos anos, em cerca de 8 mil processos ajuizados, conforme se pode observar do seguinte gráfico:



Embora o número possa parecer pequeno à primeira vista, ele não o é, pelos seguintes fatores. Primeiro, a Justiça Federal dos Estados Unidos recebe apenas cerca de 2% de todos os processos do país; segundo, em cada processo coletivo estão representados dezenas ou centenas de milhares de litigantes, o que mostra que milhões de trabalhadores beneficiam-se de acordos e decisões judiciais em matéria trabalhista a cada ano perante a jurisdição federal; terceiro, a estatística desconsidera as ações trabalhistas individuais; quarto, há *class actions* trabalhistas ajuizadas em todas as cortes estaduais (que constituem a grande maioria), demandando questões laborais específicas de cada Estado.

O relatório destaca também os maiores acordos trabalhistas, em valores absolutos, por matéria, ocorridos no exercício de 2018. Eis alguns deles: o Wal-Mart pagou U\$ 65 milhões em processo iniciado na Califórnia, por violar lei estadual que obrigava as empresas do comércio varejista a fornecer assento para descanso dos caixas durante a jornada de trabalho (*Brown, et al. v. Wal-Mart Stores, Inc., Case nº 09-CV-3339, N.D. Cal. Dec. 6, 2018*). A Bloomberg concordou em pagar U\$ 54,5 milhões por não pagamento de horas extras a 1.300 empregados que trabalhavam com suporte aos clientes (*Roseman, et al. v. Bloomberg L.P., Case nº 14-CV-2657, S.D.N.Y. Oct. 16, 2018*). A Twenty-First Century Fox pagou U\$ 90 milhões a um grupo de mulheres que trabalhavam na Fox

News, por tolerar o assédio sexual de diretores (*Twenty-First Century Fox, Inc., et al. v. Murdoch, et al., Case nº 2017-833, Del. Ch. Feb. 9, 2018*). A conhecida rede varejista Family Dollar indenizou grupo de empregadas da empresa vítimas de discriminação de gênero, no importe total de U\$ 45 milhões (*Scott et al., v. Family Dollar Inc., Case nº 08-CV-540, W.D.N.C. Mar. 14, 2018*). A Universidade do Sul da Califórnia celebrou acordo para pagar U\$ 215 milhões para indenizar estudantes de medicina residentes do sexo feminino que foram vítimas de agressões sexuais de um ginecologista empregado pela instituição (*Doe A. T. et al. v. University of Southern California, Case nº 18-CV-4940, C.D. Cal Oct. 19, 2018*). Outra empresa do setor hospitalar, a St Joseph Health Services of Rhode Island teve que pagar U\$ 125 milhões por esconder informações sobre problemas no plano de pensão dos empregados (*St. Joseph Health Services of Rhode Island, Inc. et. Al. v. St. Joseph's Health Services of Rhode Island Retirement Plan, Case nº PC-2017-3856, R.I. Super. Ct. Oct. 29, 2018*).

Observe-se que todos os dados sobre valores pagos em ações trabalhistas no relatório do escritório não consideram as despesas das empresas com custas judiciais e honorários advocatícios.

Outro importante relatório sobre litigiosidade trabalhista foi elaborado recentemente pela Fundação *Good Jobs First*, com apoio do *Jobs With Justice Education Fund*, entidades sem fins lucrativos destinadas a estudos e pesquisas sobre a qualidade do emprego nos Estados Unidos. O trabalho (*Grand Theft Paycheck: The Large Corporations Shortchanging Their Workers' Wages*), divulgado ao público em junho de 2018, tem como finalidade denunciar a sonegação recorrente de salários, por grandes corporações, em razão da adoção de práticas ilegais de sonegação de horas extras, supressão de intervalos, classificação incorreta do empregado como não sujeito a controle de horário, trabalho sem registro de jornada, tempo para vestir uniforme ou equipamentos especiais, desrespeito a salário mínimo ou convencional, diferenças de gorjeta, despesas com compra de uniforme obrigatório, entre outros.

A pesquisa abrangeu o período entre janeiro de 2000 a junho

de 2018, tendo sido identificados e investigados mais de 4.220 casos, incluindo acordos e decisões em *class actions* trabalhistas, bem como multas decorrentes de sanções administrativas, em face de grandes corporações, assim entendidas como aquelas listadas na Forbes 500, em que se discutem diferenças decorrentes de remuneração e jornada (*wage and hour disputes*). Das 500 maiores empresas americanas, pelo menos 450 pagaram indenizações e ou multas de no mínimo U\$ 1 milhão. Nesse universo da Forbes 500, as despesas com indenizações e multas trabalhistas apenas em questões de *wage and hour litigation* custaram no período estudado U\$ 9,2 bilhões. O Wal-Mart sozinho respondeu por U\$ 1,4 bilhão desse total.

O relatório identificou inicialmente quais são as empresas com maior número de processos trabalhistas coletivos (incluindo os decorrentes de multas administrativas), em que se discutem sonegação de salários (incluindo as controvérsias sobre jornada):

<b>Empresa</b>	<b>Número de casos</b>
Hertz	167
Walmart	98
USProtect Corp.	91
Pilot Corp.	51
Daniyal Enterprises	51
CVS Health	44
ABM Industries	43
Cerberus Capital Management (parent of Alberton's, Safeway, etc.)	42
AT&T	34
Bank of America	34
Apollon Global Management (parent of ADT Corp. and other firms)	30
AECOM	26

**Fonte:** Good Jobs Firt. Grand Theft Paycheck: The large Corporations Shortchanging Their Workers' Wages

Outro dado interessante é a relação dos maiores acordos trabalhistas firmados no período, assim considerados os estabelecidos acima de U\$ 50 milhões, conforme a tabela que segue (algumas empresas aparecem mais de uma vez por terem sido processadas em mais de uma ação):

<b>Empresa</b>	<b>Valor (Em U\$ milhões)</b>	<b>Ano do acordo</b>
Walmart	640	2008
FedEx	226,5	2016
FedEx	204	2016
Wallmart	152	2009
State Farm Insurance	135	2005
Allstate	120	2005
ABM Industries	110	2017
Novartis	99	2012
Citigroup	98	2008
Microsoft	97	2000
United Parcel Service	87	2007
Walmart	86	2010
Tenet Healthcare	85	2009
Walmart	85	2009
Bank of America	73	2013
IBM Corp	65	2007
Walmart	54	2007
Albertson's	53,3	2007
Morgan Stanley	50	2009

**Fonte:** Good Jobs Firt. Grand Theft Paycheck: The large Corporations Shortchanging Their Workers' Wages

O relatório da Fundação *Good Jobs First* identifica ainda quais são os setores da economia nos quais mais são verificadas as práticas de "wage theft" (apropriação indevida da remuneração do empregado, o que inclui gorjetas ilegalmente retidas e horas extras não pagas).

Setor da economia		Total de penalidades em dólares	Casos	Empresa do setor com maior número de penalidades
1	Varejo	\$2,711,180,158	608	Walmart: \$1,408,901,183
2	Serviços financeiros	\$1,363,923,660	237	Bank of America: \$381,499,089
3	Frete e logística	\$828,213,965	145	FedEX: \$502,165,827
4	Serviços prestados às empresas	\$611,498,890	495	ABM Industries: \$128,599,312
5	Seguro	\$557,239,251	85	State Farm Insurance: \$140,000,000
6	Serviços diversos	\$486,239,946	473	24 Hour Fitness: \$55,448,500
7	Serviços de saúde	\$416,500,210	265	Tenet Healthcare: \$127,216,654
8	Restaurantes e serviços alimentícios	\$396,616,532	238	Yum Brands: \$53,275,595
9	Tecnologia da informação	\$335,548,366	101	Microsoft: \$102,855,841
10	Comidas e bebidas	\$315,147,724	147	Tyson Foods: \$75,119,443
11	Telecomunicações	\$257,993,904	108	AT&T: \$139,390,011
12	Produtos de saúde	\$137,201,534	28	Novartis: \$99,199,443
13	Fabricação diversa	\$96,867,284	158	NCR Corp: \$11,107,966
14	Entretenimento	\$93,889,030	77	Electronic Arts: \$31,285,000
15	Atacadista	\$84,601,927	58	Sysco: \$22,602,956
16	Óleo e gás	\$59,423,191	50	ConocoPhillips: \$15,500,000
17	Construção e engenharia	\$58,927,883	129	MasTec: \$13,194,901
18	Serviços petrolíferos	\$51,745,062	48	Halliburton: \$18,450,073

**Fonte:** Good Jobs First. Grand Theft Paycheck: The large Corporations Shortchanging Their Workers' Wages

Os valores estratosféricos de ações sobre remuneração e jornada devem-se também a figura jurídica dos *"liquidated damages"*, que correspondem a danos extrapatrimoniais presumivelmente sofridos pelo empregado, fixados na *Fair Labor Standards Act FLSA*. O parâmetro utilizado é o *"double pay"* (valores devidos em dobro). Ou seja, se o empregador é devedor de salários, horas extras ou gorjetas retidas, precisará pagar o débito com acréscimo de 100%. E a Suprema Corte decidiu em *Brooklyn Savings Bank v. O'Neil (1945)* que os *"liquidated damages"* são irrenunciáveis em acordos extrajudiciais para pagamentos de salários, gorjetas ou horas extras devidas.

A pesquisa da Fundação *Good Jobs First* também examinou as sanções administrativas impostas pelos órgãos federais e estaduais de fiscalização da legislação do trabalho, em casos relativos a não pagamento de salários ou horas extras. Nos EUA, em nível federal, a *Wage and Hour Division - WHD* é o órgão competente do Ministério do Trabalho (*Department of Labor*) para fiscalização do pagamento correto das horas trabalhadas. A WHD do DOL possui uma estrutura colossal, com mais de 200 escritórios regionais espalhados por todo o país. Muitas reclamações individuais são protocolizadas perante a própria WHD, que possui poderes investigatórios, persecutórios e jurisdicionais-administrativos. Acordos celebrados perante a WHD podem conferir quitação geral e o *Secretary of Labor* pode também propor ação judicial em benefício dos trabalhadores lesados. Há ações que chegaram até a Suprema Corte, como *"Alamo Foundation v. Secretary of Labor (1985)"*, na qual se reconheceu que o trabalho "voluntário" prestado para organização religiosa, em típica atividade econômica e em concorrência a terceiros, é atividade abrangida e que deve obediência aos preceitos do FLSA. E em nível estadual, há várias agências com função correspondente WHD e, como, por exemplo, a *California Labor Commissioner's Office*. Vejamos os dados sobre as maiores multas aplicadas por descumprimento de salários e jornada apenas pela WHD:

<b>Empresa</b>	<b>Valor em dólares</b>	<b>Agência</b>	<b>Ano</b>
Walmart	\$33,000,000	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2007
Management & Training Corp.	\$20,998,873	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2009
Halliburton	\$18,293,557	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2015
Perdue Farms	\$10,000,000	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2002
Hensel Phelps	\$8,072,273	California Labor Commissioner's Office	2013
CoreCivic (CCA of Tennessee, LLC)	\$8,071,861	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2013
Chickie's & Pete's Inc.	\$6,892,412	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2014
Microsoft (LinkedIn Corp.)	\$5,855,841	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2014
Wells Fargo (Wachovia)	\$5,798,744	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2004
DXC Technology (Electronic Data Systems)	\$5,365,982	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2007
Walmart	\$5,058,550	U.S. DOL Wage and Hour Divison	2007

**Fonte:** Good Jobs First. Grand Theft Paycheck: The large Corporations Shortchanging Their Workers' Wages

É preciso observar, especialmente aos que acreditam que nos EUA há baixos custos decorrentes de conflitos trabalhistas, que todos esses dados não incluem outras fontes de despesas relevantes em questões laborais: as ações individuais, os gastos com campanhas antissindcais e os recursos investidos em *compliance* trabalhista.

Embora a típica ação trabalhista nos EUA seja coletiva (*class action*), há também, evidentemente, litígios individuais, especialmente em casos de danos materiais e morais, sendo muito comum em questões de discriminação e assédio (*harrasment*). Apenas um exemplo recentíssimo: a Justiça Federal dos Estados Unidos condenou a empresa Cushman & Wakefield (C&W) a pagar uma indenização de 1,3 milhões de dólares ao seu ex-empregado Yuri Rinsky, de 63 anos,

por ter entendido como discriminatória sua despedida e substituição por empregado mais jovem (conforme noticiado em Bloomberg Law, 04.11.2019). Milhares de ações como essa são processadas tanto na Justiça Federal como na Justiça Estadual e, observe-se, tais condenações milionárias não estão tabuladas nos relatórios anteriormente referidos, que cuidam apenas de ações coletivas.

Outra fonte de enorme dispêndio “trabalhista” para as empresas americanas decorre das eleições sobre representação sindical. No sistema jurídico dos EUA, os trabalhadores podem escolher se querem ou não ser representados por sindicato em seu local de trabalho, mediante votação. Sob a égide da norma conhecida como *Taft-Hartley Act*, editada em 1947 como uma reação conservadora aos poderes concedidos aos sindicatos sob o governo Franklin Delano Roosevelt, os empregadores podem expressar sua opinião nesse processo eleitoral organizado pela *National Labor Relations Board NLRB*. A *Taft-Hartley Act* permite que os empregadores participem do debate desde que não incorram em “ameaça de represália ou força ou promessa de benefício”.

De acordo com João Renda Leal Fernandes, Juiz do Trabalho que desenvolveu pesquisa de mestrado sobre o tema na Universidade de Harvard, em Massachusetts, “com o tempo, esses discursos se desenvolveram e se tornaram verdadeiras campanhas de rechaço aos sindicatos (*vote no campaigns* ou *anti-union campaigns*), muitas vezes com o dispêndio de elevadas quantias e uso de diferentes táticas para persuadir os empregados quanto aos malefícios da sindicalização. Existem inúmeros escritórios e empresas a prestarem consultoria aos empregadores que se deparam com campanhas de sindicalização. (...) Essas empresas e consultores são comumente referidos como *union-avoidance consultants*, *union-avoidance firms*, *persuaders* ou *union busters* e costumam cobrar elevados honorários de seus clientes”.

A pesquisa de João Renda Leal Fernandes refere-se a alguns dados compilados por Marni von Wilpert: “em 2013 o *Aria Hotel & Resort* de Las Vegas contratou consultoria antissindical da *Balance Incorporated* por US\$ 195.000,00. No mesmo ano, a *Domino’s Pizza* teria remunerado um consultor antissindical da *Action Resources* à base de US\$2.950,00

por dia de trabalho, o que gerou uma conta total de US\$167.566,00. Em 2015, a *American Apparel* teve que contratar os serviços de *Cruz & Associates*, a quem pagou nada menos que US\$ 462.343,00. Entre 2015 e 2016, o *New York, New York Hotel & Casino* pagou a seus consultores antissindicais da *Balance Incorporated* o montante de US\$345.182,00. No mesmo período, o *Pier 1 Imports* contratou consultores do *Labor Relations Institute, Inc. (LRI)* por US\$130.331,00. Em 2016, a *Williams Sonoma* pagou à firma *Cruz & Associates* a bagatela de US\$150.543,00. Ainda no mesmo ano, por fim, a *Kraft Heinz Foods Corporation* teria contratado consultores do *The Burke Group* por US\$153.123,00”.

Finalmente, é preciso acrescentar o custo das grandes corporações norte-americanas com *compliance*. Como já referido anteriormente, os Estados Unidos possuem um sistema jurídico trabalhista federal e 50 sistemas jurídicos trabalhistas estaduais. Grandes empresas de alcance nacional como Wal-Mart, Fedex, Hertz, IBM e outras necessitam contratar verdadeiros exércitos de advogados e especialistas em relações de trabalho e recursos humanos para dar conta da diversidade legal, especialmente porque naquele país as opções legislativas são extremamente díspares, pois há Estados tradicionalmente mais liberais que adotam um modelo “*pro-labor*”, com mais direitos trabalhista e Estados mais conservadores que seguem uma linha “*pro-business*”, com direitos laborais mais reduzidos.

Em síntese, ao contrário dos críticos que demonizam a legislação trabalhista brasileira, caracterizando-a como excessivamente custosa (como se só houvesse “custo Brasil” e não o mesmo em outros países), os conflitos capital-trabalho em uma sociedade complexa como a americana são geradores, em proporção muito maior, de um “custo Estados Unidos”. Mas lá, esse “custo” é naturalizado e absorvido pelas instituições democráticas do país, como o judiciário e as agências federais e estaduais encarregadas do *enforcement* da legislação laboral e da resolução de conflitos trabalhistas.

# Capítulo 04

## CRITÉRIO PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE CONTEÚDO ENTRE A NORMA NEGOCIADA E A LEGISLADA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL, URUGUAI E ARGENTINA

Charles da Costa Bruxel<sup>1</sup>

**Resumo:** Diante das modificações perpetradas pela Lei 13.467/2017 no critério para solução do conflito de conteúdo entre normas legisladas e normas convencionadas coletivamente, buscar-se-á, com o intuito de qualificar e aprofundar o debate, analisar e comparar o tratamento normativo conferido por Brasil, Argentina e Uruguai a respeito do tema. O método de abordagem empregado será, precipuamente, o comparativo, pois se buscará cotejar a realidade do ordenamento jurídico do Brasil, do Uruguai e da Argentina acerca de matéria trabalhista existente nestes países. Após o desenvolvimento do trabalho, verificou-se que: no Brasil, a Lei 13.467/2017 promoveu uma investida contra o Princípio da Norma Mais Favorável em prol de uma maior “flexibilidade” dos direitos laborais, ainda que prejudicial ao trabalhador, em relação a determinadas matérias; já no âmbito do Uruguai e da Argentina prevalece uma visão mais clássica do Direito do Trabalho como instrumento de proteção ao trabalhador, contexto que coloca a negociação coletiva como um meio de melhorar os direitos do trabalhador já garantidos pela legislação, e não de precarizá-los. Nesse sentido, constatou-se que a hipótese encampada no início do articulado se mostrou acertada, pois, de fato, o Uruguai e a

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional (2018), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho (2013). Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Ceará (2011). Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (CE), exercendo atualmente a função de Assistente em Gabinete de Desembargador.

Argentina adotam o Princípio da Norma Mais Favorável como critério de solução para o conflito de conteúdo entre normas negociadas coletivamente e legisladas, distanciando-se do atual cenário normativo brasileiro.

**Palavras-chave:** Negociado. Legislado. Conflito. Solução. Direito Comparado.

## 1. Introdução

O critério de solução para o conflito de conteúdo entre normas legisladas e normas convencionadas coletivamente sempre foi um problema rodeado de dificuldades e de polêmicas, merecendo atenção especial da doutrina juslaboral pátria. Porém, de um modo geral, antes do advento da Lei 13.467/2017, havia um certo consenso entre a jurisprudência e os estudiosos de que o confronto se resolvia por meio da aplicação do Princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador, ainda que a concretização deste não fosse sempre uma tarefa fácil.

Ocorre que, com a edição da “Reforma Trabalhista” (Lei 13.467/2017), o panorama normativo mudou consideravelmente, já que a nova legislação aparentemente rompeu com o paradigma até então existente e optou por regravar em que hipóteses a negociação coletiva prevaleceria ou não sobre o direito legislado, garantindo, em certas matérias, a prevalência da norma coletiva sobre a lei, ainda que seu conteúdo seja menos favorável para o trabalhador. Porém tal ponto não é ainda pacificada, já que a questão passa, no mínimo, por um exame da compatibilidade deste novo regramento com a Constituição Federal do Brasil.

Nesse contexto, a fim de contribuir para o estudo do tema, entende-se que a apresentação e a análise de como a matéria é tratada no Uruguai e na Argentina – países com o mesmo sistema jurídico do Brasil (romano-germânico)<sup>2</sup> – pode qualificar e aprofundar o debate

---

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

sobre a matéria, já que se tratam de nações que estão localizadas na mesma região geográfica (América do Sul) do Brasil, fazendo inclusive fronteira com este.

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

Desse modo, buscar-se-á analisar e comparar o tratamento normativo conferido por Brasil, Argentina e Uruguai no que diz respeito à solução para eventual conflito de conteúdo entre as normas negociadas coletivamente e as normas legisladas.

Referido objetivo decorre da seguinte indagação investigativa: o Uruguai e a Argentina abandonaram o Princípio da Norma Mais Favorável como critério de solução para o conflito de conteúdo entre normas negociadas coletivamente e legisladas, tal como pretendeu a Lei 13.467/2017 no Brasil?

Nesse sentido, a hipótese encampada é a seguinte: o Uruguai e a Argentina adotam o Princípio da Norma Mais Favorável como critério de solução para o conflito de conteúdo entre normas negociadas coletivamente e legisladas, distanciando-se do atual panorama normativo brasileiro.

Para tanto, a pesquisa implementada será bibliográfica (doutrina), e documental (Constituição do Uruguai, Constituição da Argentina, legislação trabalhista infraconstitucional do Uruguai e da Argentina, Constituição da República Federativa do Brasil, Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outros).

---

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

O método de abordagem empregado será, precipuamente, o comparativo, pois se buscará cotejar a realidade do ordenamento jurídico do Brasil, do Uruguai e da Argentina acerca de matéria trabalhista existente nestes países. Além desse, será adotado também o método dedutivo<sup>4</sup>, pois, a partir da análise e da interpretação de princípios, leis e teorias existentes no Brasil, no Uruguai e a na Argentina a respeito do critério para solução do conflito de conteúdo entre a norma negociada coletivamente e o direito negociado, serão extraídas conclusões aptas a explicar a controvérsia examinada, viabilizando a verificação da hipótese traçada e do questionamento propulsor do presente estudo.

O trabalho será dividido em três tópicos, sendo o primeiro sobre a análise e a apresentação do atual cenário normativo brasileiro, após a Lei 13.467/2017, em relação ao critério de solução para o conflito de conteúdo entre o direito negociado coletivamente e o direito legislado; o segundo a respeito do exame da solução dada pelo Direito Uruguaio para o conflito de conteúdo entre a norma negociada coletivamente e a norma estatal; e o terceiro sobre o exame da solução dada pelo Direito Argentino para a dissonância de conteúdo entre a norma negociada coletivamente e o direito legislado.

## **2. A solução para o conflito entre a norma coletiva e o direito legislado no Brasil**

O teor da Orientação Jurisprudencial nº 31 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho<sup>5</sup> ilustra que, de um modo geral, o Tribunal Superior do Trabalho, ao menos até o advento da Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.347/2017), entendia que o conflito

---

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

<sup>5</sup> ZWICKER, Igor de Oliveira. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do TST**. São Paulo: Ltr, 2015, p. 68-69.

de conteúdo entre a norma coletiva e o direito legislado se resolveria a favor da norma mais favorável ao trabalhador (Princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador):

ESTABILIDADE DO ACIDENTADO. ACORDO HOMOLOGADO. PREVALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91. Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.

Na linha da explanação feita por Francisco Antônio de Oliveira<sup>6</sup>, no caso de conflito normativo entre o disposto na lei e na norma coletiva, incidiria ao caso o Princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador, razão pela qual os direitos assegurados pela legislação prevaleceriam sobre eventuais cláusulas menos vantajosas estipuladas em acordo ou convenção coletivos.

Seguindo os ensinamentos de Américo Plá Rodriguez<sup>7</sup>, a Regra da Norma Mais Favorável (comumente conhecida como Princípio da Norma Mais Favorável, mas que pode ser simplesmente denominado de critério da Norma Mais Favorável ao Trabalhador) seria uma consequência lógica do Princípio da Proteção. Este seria o alicerce fundamental do Direito do Trabalho e instituiria que o objetivo do ramo especializado trabalhista seria estabelecer amparo preferencial a uma das partes da relação juslaboral: o empregado. Aquela (Regra da Norma Mais Favorável) impõe uma ruptura com o critério hierárquico - costumeiramente empregado no Direito para a definição da norma que incidirá sobre o fato sob exame – ao estabelecer que, independentemente do *status* vertical da norma laboral, prevalecerá sempre a aplicação daquela que seja mais favorável ao trabalhador.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários aos Precedentes Normativos e às Orientações Jurisprudenciais do TST**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2014.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**: fac-similada. São Paulo: Ltr, 2015.

trouxe uma fórmula clara para a solução do problema de qual norma prevaleceria no caso de um eventual conflito de conteúdo entre o direito negociado coletivamente e o direito legislado. Entretanto, é possível se extrair que os Princípios Protetor e da Norma Mais Favorável teriam assento constitucional no caput do art. 7º da Constituição da República: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

O Princípio Protetor decorreria do objetivo maior do Direito do Trabalho anunciado pela finalidade de melhorar a condição social dos trabalhadores. Assim, se a finalidade é melhorar a condição do obreiro, deve-se observar, acima de tudo, a norma jurídica que melhor contemple esse anseio constituinte, contexto que demonstra também e por consequência lógica a existência do Princípio da Norma Mais Favorável no direito brasileiro. A Constituição Federal, portanto, apresentaria um rol exemplificativo de direitos que consagra, a princípio, o mínimo existencial do laborista, o qual pode e deve ser complementado ou expandido por meio da edição de normas infraconstitucionais.

Sob essa óptica, eventual norma coletiva que dispusesse sobre determinado direito em patamar inferior ao disposto na legislação seria logicamente inválida, pois, pela aplicação do Princípio da Norma Mais Favorável, prevaleceria o disposto na legislação.

No entanto, rompendo com essa visão clássica, a Lei 13.467/2017 acresceu à Consolidação das Leis do Trabalho rol exemplificativo de hipóteses em que a convenção ou o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei<sup>8</sup> e lista taxativa de direitos que, caso sejam

---

<sup>8</sup> CLT, art. 611-A: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho 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,

suprimidos ou reduzidos por negociação coletiva, constituiriam objeto ilícito da convenção ou acordo coletivo de trabalho<sup>9</sup>.

---

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; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes 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 deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.”

<sup>9</sup> CLT, art. 611-B: “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato

Analisando o teor da mudança implementada, pode-se dizer que a Lei 13.467/2017 entende que o critério da norma mais favorável ao trabalhador só deve prevalecer, essencialmente, quando o direito trabalhista legislado for uma norma constitucional.

Veja-se que, prevalecendo a compreensão de que o Princípio da Norma Mais Favorável teria assento constitucional, essa mudança legislativa seria parcialmente incompatível com a Constituição Federal do Brasil, na parte em que limita a eficácia do aludido princípio.

Por outro lado, importante frisar que o art. 114, §2º, da Constituição Federal<sup>10</sup>, imunizou as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho de virem a ser ignoradas e desrespeitadas por negociações coletivas. Tal norma, apesar de carecer de um aprofundamento interpretativo, toca de forma mais direta no âmago do problema examinado do que o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, e, por isso, merece ser destacada.

---

de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. 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.”

<sup>10</sup> Constituição Federa, art. 114, §2º: Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

Nesse sentido, aprofundando a exegese do dispositivo (art. 114, §2º, da CF), constata-se que este, ao limitar o poder normativo da Justiça do Trabalho na solução de dissídios coletivos de natureza econômica, impondo a observância das disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e das estipulações coletivas convencionadas anteriormente, logicamente delimitou o próprio escopo de abrangência da negociação coletiva.

Afinal, por mais que se possa imaginar que a solução autocompositiva entre as partes (efetivo êxito na negociação coletiva) mereça ser privilegiada em detrimento da resolução heterocompositiva (poder normativo da Justiça do Trabalho), não faz sentido, por exemplo, que normas legais criadas com o fito de proteger os direitos de personalidade do trabalhador possam ser simplesmente suplantadas por um acordo ou convenção coletiva<sup>11</sup>. Isso criaria um abismo qualitativo entre a tutela judicial do dissídio coletivo e a negociação coletiva em si, indicando, ainda, que a negociação coletiva não encontraria qualquer limite nos direitos laborais previstos na legislação brasileira.

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

Como reforço, convém pontuar que, pela interpretação literal do art. 114, §2º, da Lei Magna, a restrição à atividade heterocompositiva

---

<sup>11</sup> Importante ser notado que, apesar de se estar argumentando apenas com base no texto constitucional, o art. 611-B da CLT, apesar de estipular um rol supostamente exaustivo, não protege os direitos de personalidade legislados de virem a ser reduzidos ou suprimidos por meio das normas coletivas.

(necessário respeito às disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e às estipulações coletivas convencionadas anteriormente) se aplicaria à Justiça do Trabalho, mas não à arbitragem (que também é um método de solução heterônoma de conflitos), o que novamente evidencia a carência do método gramatical para se chegar à melhor exegese normativa acerca da matéria. Ora, como poderia a arbitragem ostentar poderes superiores ao da própria jurisdição? Nada justificaria essa distinção.

Nesse contexto, mesmo abstraindo a interpretação que visualiza que o Princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador seria deduzido da própria Carta Maior, verifica-se haver disposição constitucional até mais cristalina no sentido de imunizar as “disposições mínimas legais de proteção ao trabalho” de investidas prejudiciais ao trabalhador pela via da negociação coletiva.

Por essa trilha, caso se compreenda que todas as normas estatais de Direito do Trabalho se tratam de “disposições mínimas legais de proteção ao trabalho”, novamente se concluiria serem inconstitucionais as normas coletivas que diminuíssem a proteção ao trabalho garantida pelo direito legislado.

Por outro lado, mesmo que se reduza a noção de “disposições mínimas legais de proteção ao trabalho” apenas às normas constitucionais e às normas infraconstitucionais concretizadoras destas, ainda assim a solução dada pela Lei 13.467/2017 seria parcialmente inconstitucional. Isso porque, mesmo sem precisar avançar para o exame tópico de todas as hipóteses em que a negociação coletiva poderia ou não prevalecer sobre a lei, ainda que de forma prejudicial para o trabalhador, vislumbra-se manifesta inconstitucionalidade em não terem sido protegidos os direitos de personalidade do trabalhador de serem alvos de negociações coletivas prejudiciais - o que, conseqüentemente, revela a inconstitucionalidade do caráter “taxativo” do art. 611-B, da CLT - e na circunstância de o art. 611-B, parágrafo, da CLT, ter indevidamente excluído as regras sobre duração do trabalho e intervalos do conceito de “normas de saúde, higiene e

segurança do trabalho”<sup>12</sup>.

Assim, em síntese, apesar da questionável constitucionalidade da proposta positivada pela “Reforma Trabalhista” (Lei 13.467/2017) - que flexibiliza o âmbito de eficácia do “Princípio da Norma Mais Favorável” -, fato é que a nova lei ainda carece de debates doutrinários e jurisprudenciais, de modo que, a princípio, pode-se dizer que, “oficialmente”, o Direito do Trabalho Brasileiro adota a seguinte solução para o conflito de conteúdo entre as normas coletivas e o direito positivado: rol exemplificativo de hipóteses em que a convenção ou o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei e lista taxativa de direitos que, caso sejam suprimidos ou reduzidos por negociação coletiva, constituiriam objeto ilícito da convenção ou acordo coletivo de trabalho.

### **3. A solução para a dissonância de conteúdo entre a norma coletiva e o direito legislado no Uruguai**

A relação, no Uruguai, entre a legislação estatal e o direito negociado coletivamente é bem interessante.

Conforme explica Mario Garmendia Arigón<sup>13</sup>, no país, não há uma solução legal expressa para um eventual conflito de conteúdo entre a norma coletiva e a legislação. A resposta para esse problema foi dada pela doutrina e reconhecida pela jurisprudência, que consagrou o critério da norma mais favorável, o qual se funda no respeito irrestrito

---

<sup>12</sup> Para uma análise mais apurada sobre este tema, no que diz respeito ao intervalo intrajornada, ver: BRUXEL, Charles da Costa. Análise comparativa do intervalo intrajornada para repouso e alimentação no Brasil e em Portugal. In: LIMA, Franciso Gérson Marques de (org.). **Estudos Jurídico-Sociais**. Fortaleza: Excola Social, 2019.

<sup>13</sup> GARMENDIA ARIGÓN, Mario. La Relación “Ley-Convenio Colectivo” en el Ordenamiento Jurídico Uruguayo. In: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos (org.). **Negociado Sobre o Legislado no Direito Comparado do Trabalho**. Campinas: TRT 15, 2017, p. 18-35.

aos direitos laborais previstos em lei.

Prova do elevado desenvolvimento doutrinário do Uruguai está na obra *Los principios del derecho del trabajo* de Américo Plá Rodríguez<sup>14</sup>, a qual apresenta e fundamenta os princípios informadores do Direito do Trabalho e, mesmo tendo sido lançada originalmente em 1978, até os dias atuais é uma grande referência mundial, inclusive no Brasil<sup>15</sup>.

Entretanto, durante o período de crise econômica do Uruguai na década de 1990, foi bastante comum que as negociações coletivas resultassem em normas contrárias à lei e mais prejudiciais ao trabalhador. A jurisprudência não admitia a legitimidade dessas normas coletivas prejudiciais, porém, como boa parte destas sequer eram submetidas à análise judicial, o texto lesivo convenionado acabava tendo eficácia.

Francisco Pucci e Mariela Quiñones<sup>16</sup> destacam que o período de 1990 a 2005 foi marcado pela desregulamentação neoliberal, com a abertura comercial e a diminuição da atuação estatal na economia e nas relações laborais. Esse interregno temporal resultou em aumento do desemprego e da pobreza no país, fazendo com que a defesa da manutenção dos empregos acabasse se tornando a principal reivindicação dos trabalhadores no âmbito das negociações coletivas. A crise econômica e social ocorrida a partir da década de 90 também impactou severamente o movimento sindical, que perdeu uma grande quantidade de filiados contribuintes, o que fragilizou de forma significativa a força política dos sindicatos.

Superado esse momento histórico neoliberal, no atual cenário, a *Ley 18.566/2009* trouxe uma série de novas disposições acerca do

---

<sup>14</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**: fac-similada. São Paulo: Ltr, 2015.

<sup>15</sup> A despeito de, como visto na seção anterior, a legislação brasileira mais contemporânea, com destaque para a Lei 13.467/2017, estar tentando desfigurar as bases fundantes do Direito do Trabalho, aproximando-o de um sistema, em alguns momentos, mais protetivo do empregador do que do trabalhador.

<sup>16</sup> PUCCI, Francisco; QUIÑONES, Mariela. Uruguay: políticas públicas y regulación laboral. **CDC**, Caracas, v. 32, n. 89, p. 173-194, mayo 2015.

sistema de negociação coletiva, tendo ainda alterado a *Ley* 10.449/1943, principal diploma de regulação das relações coletivas de trabalho do país até então. Nesse contexto, como a legislação não regrou a relação entre a norma legal e a coletiva, mas cuidou de disciplinar expressamente que as normas coletivas não podem ser modificadas por contrato individual ou acordo plurisubjetivo em prejuízo aos trabalhadores, formou-se o entendimento de que tal silêncio do legislador implicou na manutenção da solução já consolidada pela doutrina e jurisprudência (regra da norma mais favorável ao laborista).

Mario Garmendia Arigón<sup>17</sup>, entretanto, alerta que o art. 2º da *Ley* 18.566/2009<sup>18</sup>, ao mencionar o direito de “livremente” adotar acordos sobre as condições de trabalho e emprego, pode vir, caso surja uma conjuntura favorável à flexibilização, a ser alvo de interpretações que visem defender que o dispositivo estaria autorizando irrestritamente a prevalência do negociado sobre o legislado. O autor pontua, no entanto, que atualmente aludida exegese ainda não é defendida e que alguma interpretação nesse sentido do art. 2º da *Ley* 18.566/2009 seria incorreta<sup>20</sup>:

Desta norma, destaco a sutil incongruência que se nota entre o título que o encabeça (“Direito de negociação coletiva”) e o conteúdo que é desenvolvido posteriormente, que se refere, principalmente, não ao direito de negociar, mas ao direito de celebrar acordos.

---

<sup>17</sup> GARMENDIA ARIGÓN, Mario. La Relación “Ley-Convenio Colectivo” en el Ordenamiento Jurídico Uruguayo. In: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos (org.). **Negociado Sobre o Legislado no Direito Comparado do Trabalho**. Campinas: TRT 15, 2017, p. 18-35.

<sup>18</sup> Lei Uruguuaia n. 18.566/2009, art. 2º: “(Direito à negociação coletiva) - No exercício da sua autonomia coletiva, os empregadores ou as organizações de empregadores, por um lado, e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, por outro, têm o direito de adotar livremente acordos sobre as condições de trabalho e de emprego e regular suas relações recíprocas.” (tradução livre)

<sup>19</sup> Original: “Artículo 2º. (Derecho de negociación colectiva).- En ejercicio de su autonomía colectiva los empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, tienen derecho a adoptar libremente acuerdos sobre las condiciones de trabajo y empleo, y regular sus relaciones recíprocas.”

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 34.

Mas, muito mais importante do que este último, é o detalhe da adição do adjetivo "livremente" para qualificar o direito cuja existência é reconhecida (ou seja, o direito de celebrar acordos sobre condições de trabalho e emprego e regular suas relações recíprocas). O uso de tal adjetivo pelo legislador certamente obedeceu ao desejo de aludir a outra coisa, porém não se deve descartar que, em face de um eventual contexto histórico futuro que assim o induza ou habilite, a linha usada na redação da norma termine viabilizando o surgimento de interpretações que tentem fazer com que prevaleça o pactuado inclusive sobre o legislado. Tal leitura não está posta atualmente, mas não pode ser excluída a possibilidade de que possa ser proposta por alguém no futuro, se a conjuntura for propícia a tais efeitos. (*tradução livre*).

Apesar do fundado temor de Mario Garmendia Arigón, fato é que o Uruguai adota o Princípio (lá conhecido como regra) da Norma Mais Favorável ao Trabalhador como critério para a solução do conflito de conteúdo entre o direito legislado e o direito negociado coletivamente.

#### **4. A solução para a desarmonia de conteúdo entre a norma coletiva e o direito legislado na Argentina**

O *caput* do art. 14 bis da *Constitucion de La Nacion Argentina*<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup>*Constitucion de La Nacion Argentina*. art. 14 bis (teor na língua original): "Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de

prevê, em tradução livre, que o trabalho em suas diversas formas gozará da proteção das leis, as quais garantirão ao trabalhador os direitos elencados no referido dispositivo (condições dignas e equitativas de trabalho; jornada limitada; descanso e férias remuneradas; remuneração justa; salário mínimo; igual remuneração por igual trabalho; participação nos lucros da empresa, com controle da produção e colaboração na gestão; proteção contra dispensa arbitrária; estabilidade do emprego público; organização sindical livre e democrática, reconhecida pela simples inscrição em um registro especial).

Em seguida, o mesmo art. 14 *bis* da Constituição Argentina - o qual, apesar de ser extenso, não é dividido expressamente em incisos, parágrafos ou alíneas -, prevê as prerrogativas dos sindicatos, entre as quais a de celebrar convenções coletivas de trabalho, e as garantias de seus dirigentes. Por fim, o artigo estabelece o dever de o Estado outorgar os benefícios da seguridade social (seguro social obrigatória, aposentadorias, pensões, defesa da família etc.)

Focando no *caput* do artigo, fica clara a finalidade protetiva da legislação argentina em matéria trabalhista, em harmonia com a função clássica atribuída ao Direito do Trabalho de equilibrar, materialmente, a relação entre empregado e empregador.

Nesse contexto, a primeira parte do art. 8º da *Ley de Contrato de Trabajo* estipula, *a contrario sensu*, que as normas coletivas somente serão consideradas válidas e aplicáveis quando trouxerem normas mais favoráveis aos trabalhadores:

Art. 8º. Condições mais favoráveis provenientes de convenções coletivas de trabalho.

---

integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna."

As convenções coletivas de trabalho ou laudo com força de tal, que contenham normas mais favoráveis aos trabalhadores, serão válidas e aplicáveis. Aquelas que reunirem os requisitos formais exigidos pela lei e que tenham sido devidamente individualizadas, não estão sujeitas a prova em juízo.<sup>22</sup> (tradução livre)

O art. 12 do *Código Civil y Comercial* da Argentina, por sua vez, também prevê, em tradução livre, que “as convenções particulares não podem tornar sem efeito as leis cuja observância é de interesse da ordem pública”<sup>23</sup> (tradução livre).

Assim, na Argentina, o conteúdo da norma coletiva não pode ser mais prejudicial ao trabalhador do que o disposto na legislação. Confirma essa compreensão a doutrina de César Arese quando esclarece que no país a autonomia coletiva funciona de forma suplementar, complementar, regulamentar ou em matérias não consagradas na ordem pública em geral, ao contrário de outros sistemas que concedem margens, menores ou maiores, conforme o caso, à capacidade e à vontade coletiva.<sup>24</sup>

A título de curiosidade, consoante se deduz de César Arese<sup>25</sup> e Adrián O. Goldin<sup>26</sup>, verifica-se que, na Argentina, muito mais polêmica

---

<sup>22</sup> Original: “Art. 8° — Condiciones más favorables provenientes de convenciones colectivas de trabajo.

Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales exigidos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio.”

<sup>23</sup> Original: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.”

<sup>24</sup> ARESE, César. Un Sistema de Indisponibilidad Pétrea, Pero Con Excepciones. In: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos (org.). **Negociado Sobre o Legislado no Direito Comparado do Trabalho**. Campinas: TRT 15, 2017, p. 88.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 91-94.

<sup>26</sup> GOLDIN, Adrián O. **Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos**. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), 1991, p. 14-18.

do que essa questão sobre o critério de solução para o conflito de conteúdo entre normas negociadas coletivamente e normas legisladas - que é até bem pacificada -, é o debate sobre se uma nova convenção coletiva de trabalho, negociada para valer após a perda de vigência da anterior norma coletiva, poderia trazer conteúdo mais prejudicial ao trabalhador do que a convenção coletiva até então vigente.

## 5. Considerações finais

No Brasil, apesar da questionável constitucionalidade da proposta positivada pela “Reforma Trabalhista” (Lei 13.467/2017) - que flexibiliza o âmbito de eficácia do “Princípio da Norma Mais Favorável” -, fato é que a nova lei ainda carece de debates doutrinários e jurisprudenciais, de modo que, a princípio, pode-se dizer que, “oficialmente”, o Direito do Trabalho adota a seguinte solução para o conflito de conteúdo entre as normas coletivas e o direito positivado: rol exemplificativo de hipóteses em que a convenção ou o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei e lista taxativa de direitos que, caso sejam suprimidos ou reduzidos por negociação coletiva, constituiriam objeto ilícito da convenção ou acordo coletivo de trabalho. Há, assim, uma investida contra o Princípio da Norma Mais Favorável em prol de uma maior “flexibilidade” dos direitos laborais, ainda que prejudicial ao trabalhador, em relação a determinadas matérias.

Já no âmbito do Uruguai e da Argentina prevalece uma visão mais clássica do Direito do Trabalho como instrumento de proteção ao trabalhador, contexto que coloca a negociação coletiva como um meio de melhorar os direitos do trabalhador já garantidos pela legislação, e não de precarizá-los.

Nesse contexto, a análise comparativa entre o Direito do Trabalho brasileiro, uruguaio e argentino evidencia que a hipótese encampada no início do articulado se mostrou acertada, pois, de fato, o Uruguai e a Argentina adotam o Princípio da Norma Mais Favorável como critério

de solução para o conflito de conteúdo entre normas negociadas coletivamente e legisladas, distanciando-se do atual cenário normativo brasileiro.

A comparação entre a situação jurídicas do Brasil, do Uruguai e da Argentina também evidenciou, por outro lado, que a tentativa brasileira de “superação” do critério da norma mais favorável ao trabalhador parece ser uma exceção na América do Sul. Porém, diante da limitada quantidade de países pesquisados, tal ponto demandaria aprofundamento e confirmação por meio de uma pesquisa ampliada que envolvesse os demais países sul americanos não analisados neste escrito.

## Referências

ARESE, César. Un Sistema de Indisponibilidad Pétrea, Pero Con Excepciones. In: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos (org.). **Negociado Sobre o Legislado no Direito Comparado do Trabalho**. Campinas: TRT 15, 2017. Disponível em: [https://trt15.jus.br/sites/portal/files/fields/colecoesdotribunal\\_v/estudos-juridicos-e-livros/2019/negociado-sobre-o-legislado-no-direito-comparado-do-trabalho.pdf](https://trt15.jus.br/sites/portal/files/fields/colecoesdotribunal_v/estudos-juridicos-e-livros/2019/negociado-sobre-o-legislado-no-direito-comparado-do-trabalho.pdf). Acesso em: 11 set. 2020.

BRUXEL, Charles da Costa. Análise comparativa do intervalo intrajornada para repouso e alimentação no Brasil e em Portugal. In: LIMA, Franciso Gérson Marques de (org.). **Estudos Jurídico-Sociais**. Fortaleza: Excola Social, 2019. Disponível em: <https://www.excolasocial.com.br/livroestudojuridicosociais/>. Acesso em: 8 nov. 2020.

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

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. La Relacion “Ley-Convenio Colectivo” en el Ordenamento Jurídico Uruguayo. In: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos (org.). **Negociado Sobre o Legislado no Direito Comparado do Trabalho**. Campinas: TRT 15, 2017. Disponível em: [https://trt15.jus.br/sites/portal/files/fields/colecoesdotribunal\\_v/estudos-juridicos-e-livros/2019/negociado-sobre-o-legislado-no-direito-comparado-do-trabalho.pdf](https://trt15.jus.br/sites/portal/files/fields/colecoesdotribunal_v/estudos-juridicos-e-livros/2019/negociado-sobre-o-legislado-no-direito-comparado-do-trabalho.pdf). Acesso em: 11 set. 2020.

GOLDIN, Adrián O. **Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos**. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), 1991. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/>

investigacion/cuadernos\_de\_investigaciones\_22\_goldin.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários aos Precedentes Normativos e às Orientações Jurisprudenciais do TST**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2014.

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

PUCCI, Francisco; QUIÑONES, Mariela. Uruguay: políticas públicas y regulación laboral. **CDC**, Caracas , v. 32, n. 89, p. 173-194, mayo 2015 . Disponível em: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1012-25082015000200008&lng=es&nrm=iso](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082015000200008&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 13 nov. 2020.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**: fac-similada. São Paulo: Ltr, 2015.

ZWICKER, Igor de Oliveira. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do TST**. São Paulo: Ltr, 2015.



# Capítulo 05

## MODELOS ESTRUTURAIS DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA ESPANHA E NA ARGENTINA

**Clovis Renato Costa Farias<sup>1</sup>**

**Resumo:** O presente escrito traz uma perspectiva de Direito Comparado do Trabalho para analisar o âmbito específico da estrutura sindical em um país da Europa, a Espanha, e um país latino-americano, a Argentina. Com aspectos sociais, políticos e jurídicos, que marcaram a história de ambas as nações, especialmente na formação da classe operária, no desenvolvimento das ditaduras militares posteriores, na abertura democrática e outros aspectos que impactaram profundamente o movimento sindical do pós guerra. Com marcas acentuadas na Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho sobre liberdade sindical, de 1948, e da atuação e decisões do Comitê de Liberdade Sindical em funcionamento mais acentuado nos anos 70 mundialmente.

**Palavras-chave:** Sindical. Direito Comparado. Argentina. Espanha. OIT. Comitê de Liberdade Sindical. Estrutura organizacional.

### 1. Contexto do direito comparado em âmbito sindical

O Direito Comparado deve ser visto como algo amplo, que supera em muito as discussões sobre legislação comparada, que tem um universo mais limitado. Para tanto, a normatização pura é utilizada no método comparativo, mas não se resume à comparação.

---

<sup>1</sup> Doutor, professor, advogado, membro do GRUPE, professor da Excola.

Deve haver um balanceamento entre a legislação e a doutrina, mas na comparação concreta é bom priorizar a doutrina, uma vez que mescla elementos constantes nas normas jurídicas, no contexto social, histórico, político e demais. Tudo, de modo claro e preciso para que não se faça um estudo enciclopédico, muito longo, dificultando a compreensão prática do objeto de estudo.

Assim, deve-se delimitar o tema trabalhado, os modelos, os sistemas específicos a serem comparados e a área de pesquisa.

Conforme destacado por Ascensão<sup>2</sup>, há uma riqueza de ordens jurídicas, que se cruzam em vários níveis (relaciona-se ou ignoram-se, mas não se excluem). Assim, o direito comparado pretende levar-nos ao conhecimento dos direitos estrangeiros, partindo do uso do método comparativo, pelo qual os elementos retirados de várias ordens jurídicas são comparados, assinalando-se semelhanças e diferenças. Tal método permite ao jurista vencer as grandes dificuldades que provoca sempre um embate com um direito alheio.

Em âmbito sindical, contemporaneamente, é fundamental a observância do funcionamento em outros Estados, com seus respectivos modelos e sistemas, para que se possa observar os aspectos positivos para possível adoção de pautas capazes de viabilizar avanços sociais.

Observar o Direito em funcionamentos culturais distintos com relação à uma área repleta de incompreensões e preconceitos que levam a contradições profundas, tais como ocorre no movimento sindical, é de profunda importância para que se possa encontrar pontos de convergência utilizáveis para a obtenção de uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária.

A atualidade vem repleta de condutas antissindicais em atitudes nefastas de governos autoritários e populistas que corrompem interpretações com a má utilização de princípios para a forja de normas

---

<sup>2</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. Sistemas atuais de Direito (direito comparado). In: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/763/710>. p. 07-08. Acesso em 17 nov. 2020.

injustas e perseguidoras.

Como destacado por Ascensão, *"A lei aparece-lhe como a arma preferida dos tiranos, enquanto que a proclamação de um conjunto estável de princípios lhe traz a melhor barricada contra as arbitrariedades do poder"*<sup>3</sup>.

Desse modo, justifica-se a presente análise partindo da ciência do direito comparado, objetivando perceber de forma mais adequada o conjunto estável de princípios, onde houver, para fins de resistência à eventuais injustiças geradas por normas estatais fora de sintonia com o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, será apresentada a estrutura sindical na Espanha, partindo da Constituição, normas específicas e a doutrina respectiva. Ainda, será apresentada a estrutura sindical na Argentina, também, enfatizando a Constituição, normas específicas e a doutrina local.

Em seguida, será trazido o âmbito da relevância do Direito Comparado para fins do aprimoramento coletivo mundial e aspectos que demarcam a importância dessa ciência em termos jurídicos e sociais.

Ao que se segue a uma comparação entre as estruturas espanhola e argentina, com os métodos de direito comparado para fins de observação de aspectos que melhor atendam aos ideais relacionados à otimização do princípio democrático e da liberdade sindical.

Em todo o contexto, seguindo-se pelo eixo dos direitos humanos, com base na Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho e Decisões do Comitê de Liberdade Sindical, para fins interpretativos e analíticos.

---

<sup>3</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. Sistemas atuais de Direito (direito comparado). In: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/763/710>. p. 22-23. . Acesso em 17 nov. 2020.

## 2. Estrutura sindical na Espanha

Observar os delineamentos espanhóis sobre direito sindical deve levar em conta aspectos históricos e sociais que o ensejaram, de modo que a abertura real somente passou a ocorrer após a morte de Franco, em 1975, e o fim da ditadura na Espanha, partindo a análise normativa da Constituição de 1978.

Em linhas gerais, o Regime de Franco, foi desenvolvido a partir do fim da Guerra Civil Espanhola, tendo em 1936 sido formado um governo provisório por Francisco Franco e o Comitê de Defesa Nacional (uma facção do exército espanhol que se rebelou contra a República). Havia apoio externo da Alemanha Nazista e da Itália fascista, bem como do regime autoritário de António de Oliveira Salazar (Estado Novo Português), enquanto que a Segunda República Espanhola era apoiada cada vez mais pela União Soviética.

Com a manutenção da ditadura franquista, houve severa perseguição ao movimento sindical, limitando profundamente a participação democrática das entidades representativas.

Conforme destacado por Mateos<sup>4</sup>, após a derrota dos nazistas e fascistas, o governo passou a encenar aspectos democráticos para os aliados, mas continuava com ações antidemocráticas e condutas anti sindicais:

La gran operación del nuevo gobierno de Franco 1957 fue la tentativa de acercamiento a la naciente Comunidad Europea.

[...]

Tanto la CEE como la OTAN serían, no obstante, terrenos vedados para la dictadura pese a las tentativas de «apertura» o reforma «desde dentro» de los primeros años sesenta.

La incorporación de España a organismos como la OECE y la OIT, en

---

<sup>4</sup> MATEOS, Abdon. EL RETORNO DE ESPAÑA A LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: LA PERSISTENCIA DEL OSTRACISMO, 1956-1960. Net: <https://core.ac.uk/download/pdf/230773049.pdf>. *Passim*. Acesso em 09.11.2020.

los que las internacionales sindicales tenían una fuerte presencia institucional, proporcionó a la oposición, paradójicamente, una nueva plataforma de denuncia del franquismo. Aunque la posición española no podía ponerse en cuestión, salvo en el caso de la representatividad de los Sindicatos Verticales, hubo una persistente condena moral de la dictadura desde estas tribunas mundiales.

La protesta internacional habría de influir no sólo en la moderación de las medidas represivas o en la ratificación de convenios internacionales de trabajo sino en la evolución de las políticas sindical y laboral.

Durante esta etapa la medida más importante en estos ámbitos fue la ley de convenios colectivos sindicales de mayo de 1958 aunque hubo otras disposiciones en 1960 como la creación del Congreso Sindical, la ampliación de la presencia del jurado de empresa y la reforma del reglamento de elecciones sindicales que también fueron indirectamente influidas por la presencia en la Organización Internacional del Trabajo.

Las quejas sobre atentados a la libertad sindical e intentos de impugnación de credenciales por parte del Grupo de Trabajadores de la OIT hizo que algunos sectores del régimen franquista tuvieran la tentación de abandono de esta tribuna mundial.

Delineamentos que se justificam para que se compreenda melhor a recente formação sindical na Espanha, após a queda do regime franquista. Em termos atuais, a Constituição espanhola de 1978.

Na atualidade, a Espanha tem uma monarquia constitucional, por meio de uma democracia parlamentarista, tendo como Rei Filipe VI e como Presidente do Governo Pedro Sánchez.

A Constituição espanhola de 1978 trata, em linhas gerais, sobre o movimento sindical em três artigos estruturais (artigos 7º, 28º e 131º).

O Artigo 7 da Constituição de 1978 espanhola dispõe que *“los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”*. Destaca o dispositivo que a criação e o exercício da atividade sindical são livres dentro do respeito a Constituição e a lei, destacando que *“Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”*.

No Artigo 28, inciso 1, a norma fundamental espanhola destaca que *“todos tienen derecho a sindicarse libremente”*. Contudo, tal liberdade pode ser restringida por normas infra constitucionais, de modo que *“la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho”*, em restrições direcionadas às Forças ou institutos armados, demais corpos submetidos à disciplina militar e particularidades para o exercício para os funcionários públicos.

Tal artigo é claro ao estabelecer que a liberdade sindical espanhola compreende o direito de fundar sindicatos e a eles se filiar, bem como a escolha da entidade representante. Estabelece o direito dos sindicatos formarem confederações, bem como o direito dos sindicatos a fundarem organizações sindicais internacionais ou de se filiarem a tais entidades. Sendo peremptória a norma ao destacar que *“Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”*.

No mesmo Artigo 28, item 2, destaca-se o reconhecimento ao direito de greve aos trabalhadores para defesa dos seus interesses, entregando à lei específica a regulamentação do exercício de tal direito com as garantias necessárias para assegurar a manutenção dos serviços essenciais a comunidade.

No Artigo 131, a norma apresenta aspectos da atividade econômica geral, enfatizando que deve haver equilíbrio nas relações econômicas e sociais, com *“proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas”*, como pode ser notado:

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.
2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se

constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

No âmbito legal, há a Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, que trata sobre liberdade sindical, nos termos seguintes:

Artículo segundo.

1. La libertad sindical comprende:

- a) El derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos.
- b) El derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separarse del que estuviere afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato.
- c) El derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato.
- d) El derecho a la actividad sindical.

A estrutura sindical está disposta, também, no artigo segundo, item 2, alínea “b”, ao dispor que *“las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a [...] constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas.”*

O critério central para a constituição, manutenção e formação das entidades é ligado à representatividade.

Nos termos do Artigo 6º, inciso 1, da Lei 11/85 espanhola, a maior representatividade sindical reconhecida a determinados sindicatos lhes confere uma singular posição jurídica a efeitos, tanto de participação institucional como de ação sindical.

Para tanto, considera-se mais representativos os sindicatos a nível estatal, conforme o inciso 2, do artigo sexto da Lei 11/85:

- a) Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal

de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas.

b) Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a).

Perceba-se que a representatividade dos sindicatos a nível estatal devem ter 10% (dez por cento) ou mais de delegados de pessoal e membros de comitê de empresa e dos correspondentes órgãos das administrações públicas.

As organizações tidas como sindicato mais representativo, nos termos acima mencionados, gozam de capacidade representativa a todos os níveis territoriais e funcionais, conforme o item 3 do artigo sexto para:

a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista.

b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.

d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo.

e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas.

f) Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente.

g) Cualquier otra función representativa que se establezca.

Importante observar que são considerados como sindicatos mais representativos a nível de Comunidade Autônoma, nos termos do Artigo 7º da Lei 11/85 espanhola, os que detenham a representação seguinte:

- a) Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal;
- b) los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a).

Tais entidades gozam da capacidade representativa para exercer, em âmbito específico da Comunidade Autônoma, as funções e faculdades destinadas aos sindicatos mais representativos:

- a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista.
- b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.
- c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.
- d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo.
- e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas.
- f) Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente.
- g) Cualquier otra función representativa que se establezca.

Ademais, tais entidades nas Comunidades Autônomas também detém a capacidade para ostentar representação institucional junto à Administração Pública ou outras entidades ou organismos de caráter estatal, nos termos do artigo sétimo, inciso 1, *in fine*, da Lei 11/85

espanhola.

Nos termos do Artigo 7º, inciso 2, há outra categoria representativa demarcada pela lei para entidades que tenham obtido **em determinado âmbito territorial e funcional específico** 10% (dez por cento) ou mais de delegados de pessoal e membros de comitê de empresa e dos correspondentes órgãos das administrações públicas. Tais entidades estarão legitimadas para exercer, no respectivo âmbito funcional e territorial, as seguintes funções mais restritas do artigo 6º, inciso 3:

- b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.
- c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.
- d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo.
- e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas.
- [...]
- g) Cualquier otra función representativa que se establezca.

Deste modo, observa-se a existência de sindicatos mais representativos, sindicatos de delimitação estatal, bem como a nível de Comunidade Autônoma e em determinado âmbito territorial e funcional específico, os quais podem organizar federações e confederações. O Poder Público afere a representatividade e faz os respectivos registros sindicais, como dispõe o Artículo cuarto da Lei 11/85 espanhola. Assim, o item 1 do artigo em questão, dispõe que *"para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar, por medio de sus promotores o dirigentes sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto"*.

Para tanto, na Primeira das *Disposiciones Adicionales* da Lei nº 11/85 espanhola, destaca-se a aferição da representatividade pela

Administração Pública, a validade e os prazos para reavaliação, como se pode destacar:

1. Conforme a lo previsto en los artículos 6 y 7 de esta Ley y 75.7 del Estatuto de los Trabajadores, la condición de más representativo o representativo de un sindicato se comunicará en el momento de ejercer las funciones o facultades correspondientes, aportando el sindicato interesado la oportuna certificación expedida a su requerimiento por la oficina pública establecida al efecto.

En materia de participación institucional se entenderá por momento de ejercicio el de constitución del órgano y, en su caso, el de renovación de sus miembros. En el supuesto de que el órgano correspondiente no tenga prevista una renovación periódica de los representantes sindicales, el sindicato interesado podrá solicitar en el mes de enero, y cada tres años a partir de esa fecha, su participación en el órgano correspondiente, aportando certificación acreditativa de su capacidad representativa.

2. El Gobierno dictará las disposiciones que sean precisas para el desarrollo del apartado a) del artículo 6.3 y del artículo 7.1 de esta Ley y de lo previsto en la disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores, siendo de aplicación a su capacidad representativa lo previsto en el segundo párrafo del número anterior.

Para que se possa dimensionar, nos termos do artigo 137 da Constituição da Espanha de 1978, *“el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”*.

A norma específica dos sindicatos é utilizada em consonância com o Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, que aprovou o texto da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, publicado no B.O.E. número 255, de 24/10/2015, tendo entrado em vigor em 13/11/2015, com registros pelo *Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. Tal norma, em termos de estrutura e representatividade sindical mescla os elementos para dispor sobre a participação sindical nos Comitês de Empresas.

Em face do desenvolvimento histórico, entre períodos de

criminalização, tolerância e incentivo ao movimento sindical espanhol, os nomes das entidades variam e para se perceber a condição estrutural específica é necessário observar o estatuto respectivo. Para tanto, a título exemplificativo, há sindicatos como a *Unión General de Trabajadores*, a *Comissió Obrera Nacional de Catalunya*, CCOO do País Valencià, União Sindical de Madrid Região de CCOO, CCOO das Astúrias, CCOO do País Basco, CCOO de Andaluzia. A CNT (*Confederación Nacional del Trabajo*) é uma confederação de sindicatos autônomos de ideologia anarcossindicalista da Espanha. Faz parte da organização de caráter transnacional Associação Internacional dos Trabalhadores (AIT). Por este motivo, também é conhecida pela sigla CNT-AIT.

### 3. Estrutura sindical na Argentina

A questão democrática foi alvo de fortes máculas, também, na Argentina como uma das consequências da Guerra Fria, com consequente resvala no movimento sindical, uma vez que pressupõe liberdade de pensamento e expressão.

Conforme destacado por Lewkowicz<sup>5</sup>, a Guerra Fria foi um período de tensão geopolítica entre a União Soviética e os Estados Unidos e seus respectivos aliados, o Bloco Oriental e o Bloco Ocidental, após a Segunda Guerra Mundial. Considera-se geralmente que o período abrange a Doutrina Truman de 1947 até a dissolução da União Soviética em 1991. O termo "fria" é usado porque não houve combates em larga escala diretamente entre as duas superpotências, mas cada uma delas apoiou grandes conflitos regionais conhecidos como guerras por procuração. O conflito foi baseado em torno da luta ideológica e geopolítica pela influência global das duas potências, após sua aliança

---

<sup>5</sup> LEWKOWICZ, Nicolas (2018). *The United States, the Soviet Union and the geopolitical implications of the origins of the Cold War*. In: <https://www.worldcat.org/title/united-states-the-soviet-union-and-the-geopolitical-implications-of-the-origins-of-the-cold-war/oclc/1061862862>. *Passim*. Acesso em 12. nov. 2020.

temporária e vitória contra a Alemanha nazista em 1945.

Nessa ocasião, a maioria dos países componentes do bloco ocidental, passou por ditaduras militares, com forte repressão, torturas, desaparecimento e morte de pessoas que, porventura, se insurgiam. Ditaduras militares foram instaladas no Brasil (1964), Argentina (1966 e 1976), Chile (1973) e Uruguai (1973), por exemplo. Ocasão que, em especial, membros de entidades sindicais e de movimentos estudantis foram alvo de operações que até hoje ficam sem solução efetiva.

Os partidos políticos foram proibidos, assim como todo tipo de participação política dos cidadãos. Vigorou de forma quase permanente o estado de sítio, com suspensão de direitos civis, sociais e políticos.

Importante destacar este contexto, pois no presente escrito, falaremos sobre a fase de abertura que passou a ser estabelecida após a ditadura, com consequente dificuldade de otimização democrática e lentidão na percepção de liberdade.

Conforme destaca Muillo<sup>6</sup>, a agenda antissindical levada a cabo entre 1976 e 2002, com alguns "sucessos" parciais, foi arquivada *sine die*; e a reforma trabalhista de 2000 foi derogada (com a Lei de Ordenamento Trabalhista n.o 25.877/04). A polêmica reforma sancionada em 2000 tinha sido intensamente combatida pelo sindicalismo, e sua derrogação foi um sinal evidente da proximidade de determinados governos com as lideranças sindicais, em períodos pontuais.

Na atualidade, a Constituição da Nação Argentina, Lei n° 24.430, traz um texto publicado do oficial da Constituição Nacional (sancionada em 1853 com as reformas dos anos 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Assim, foi sancionada em 15 de dezembro de 1994 e promulgada em 3 de janeiro de 1995.

A questão sindical tem como centro o artigo revisado, que consta

---

<sup>6</sup> MURILLO, María V. Cambio y continuidad del sindicalismo en democracia. Revista Sociedad Argentina de Análisis Político v. 7, n. 2, p. 339-348. Ciudad Autónoma de Buenos Aires nov. 2013.

14 bis, trazendo vários direitos oriundos e decorrentes do trabalho, dentre eles a liberdade sindical, como se pode notar:

Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

A Ley de Asociaciones Sindicales na Argentina, Lei nº 23.551, de 23 de abril de 1988, com regulamentação pelo Decreto nº 467, publicado em 22 de abril de 1988, trata sobre os termos e limites da liberdade sindical no país.

Quanto a estrutura sindical argentina, a Lei 23.551/88, dispõe no art. 1º, que *“la libertad sindical será garantizada por todas las normas que se refieren a la organización y acción de las asociaciones sindicales”*.

A norma definiu, inclusive, os interesses dos trabalhadores, destacando no art. 3º que são *“todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo”*. Demarcando que *“la acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del*

*trabajador”.*

Nos termos do art. 4º da Lei nº 23.551/88 argentina, são direitos sindicais dos trabalhadores *“a) constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales; b) afiliarse a las ya constituidas, no afiliarse o desafiliarse”.*

O modelo estrutural adotado começa a ser apresentado no art. 2, alínea “b”, da lei argentina, ao destacar quando pode ser negada filiação sindical a um trabalhador, em caso de *“no desempeñarse en la actividad, profesión, oficio, categoría o empresa que representa el sindicato”.*

Nos art. 5º ao 9º da Lei 23.551/88 argentino destaca-se os termos e limites das liberdades sindicais, dispondo que:

#### ARTICULO 5º

Las asociaciones sindicales tienen los siguientes derechos:

- a) determinar su nombre, no pudiendo utilizar los ya adoptados ni aquellos que pudieran inducir a error o confusión;
- b) determinar su objeto, ámbito de representación personal y de actuación territorial;
- c) adoptar el tipo de organización que estimen apropiado, aprobar sus estatutos y constituir asociaciones de grado superior, afiliarse a las ya constituídas o desafiliarse;
- d) formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores. En especial, ejercer el derecho a negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical.

#### ARTICULO 6º

Los poderes públicos y en especial la autoridad administrativa del trabajo, los empleadores y sus asociaciones y toda persona física o jurídica deberán abstenerse de limitar la autonomía de las asociaciones sindicales, mas allá de lo establecido en la legislación vigente.

#### ARTICULO 7º

Las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a los afiliados. Lo dispuesto regirá también respecto de la relación entre una asociación de grado superior y otra de grado inferior.

#### ARTICULO 8º

Las asociaciones sindicales garantizarán la efectiva democracia interna. Sus estatutos deberán garantizar:

- a) una fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y sus afiliados;
- b) que los delegados a los órganos deliberativos obren con mandato de sus representados y les informen luego, de su gestión;
- c) la efectiva participación de los afiliados en la vida de la asociación, garantizando la elección directa de los cuerpos directivos en los sindicatos locales y seccionales;
- d) la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos.

#### ARTICULO 9º

Las asociaciones sindicales no podrán recibir ayuda económica de empleadores, ni de organismos políticos nacionales o extranjeros. Esta prohibición no alcanza a los aportes que los empleadores efectúen en virtud de normas legales o convencionales.

No tocante a representação, a Lei 23.551/88 argentina fixa o modelo da estrutura sindical no tópico *“De los tipos de asociaciones sindicales”*. Para tanto, no Artigo 10º destaca-se que se consideram associações sindicais de trabalhadores as constituídas por:

- a) trabajadores de una misma actividad o actividades afines;
- b) trabajadores del mismo oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas;
- c) trabajadores que presten servicios en una misma empresa.

Com relação a organização sindical o Artigo 11º da Lei 23.551/88 argentino dispõe que as associações sindicais podem assumir formas específicas, tais como:

- a) sindicatos o uniones;
- b) federaciones, cuando agrupen asociaciones de primer grado;
- c) confederaciones, cuando agrupen a las asociaciones contempladas en los incisos que preceden a éste.

Nos termos do Decreto 467/88 argentino, art. 5º, dispõe-se que as federações não poderão dispensar os pedidos de filiação das associações de primeiro grau que representem os trabalhadores da atividade, profissão, ofícios ou categoria previstos no estatuto da respectiva federação.

Quanto às confederações, o mesmo artigo dispõe que *“las confederaciones no podrán rechazar a las federaciones, sindicatos o uniones que reúnan las características contempladas en los estatutos de la respectiva confederación”*.

Ainda, que as associações sindicais de segundo ou terceiro grau poderão cancelar a filiação das associações sindicais aderidas somente por resolução adotada pelo voto direito e secreto de 75 % (setenta e cinco por cento) dos delegados, em congresso extraordinário especificamente convocado para o caso. A desfiliação sindical é livre, como consta no art. 5º legal mencionado, *in fine*, *“las asociaciones sindicales podrán desafiliarse de las de grado superior a las que estuvieren adheridas, sin limitación alguna”*.

A aferição das entidades está por conta do Ministério do Trabalho e Seguridade Social, *“como autoridad de aplicación”*, que controla os estatutos das associações sindicais e o cumprimento das normas argentinas, nos termos do art. 7º do Decreto 467/88. O art. 11 do mesmo diploma normativo amplia os detalhes da competência estatal:

#### ARTICULO 11º

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social establecerá qué registraciones de sus actos y cuentas deberán llevar las asociaciones sindicales, en qué libros u otros soportes materiales deberán asentarlos y con qué formalidades deberán hacerlo.

Los ejercicios no superarán el término de un año. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social establecerá las características que deberán reunir los planes de cuentas.

La fiscalización interna de la gestión y el control de la administración del patrimonio social estarán a cargo de un órgano con composición adecuada y facultades a ese efecto.

Conforme o art. 8º do Decreto nº 467/88, a competência do Ministério quanto a representação sindical está disposta do seguinte modo:

El objeto, la zona de actuación y la actividad, oficio, profesión o categoría de trabajadores cuya representación se proponga la asociación sindical, deberán ser individualizados de modo tal que permitan una concreta delimitación entre los ámbitos personales y territoriales de las distintas asociaciones sindicales, a cuyo efecto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá establecer una clasificación uniforme que facilite la identificación de los referidos ámbitos respetando la voluntad de los constituyentes o afiliados a la asociación.

Para fins de acompanhamento e compreensão da atividade sindical no país, em 1997 foi reconhecida uma Central dos Trabalhadores Argentinos (CTA), após 54 anos de monopólio da CGT (Confederação Geral do Trabalho) argentina. O Ministério do Trabalho publicou um decreto reconhecendo formalmente a existência da CTA (Central dos Trabalhadores Argentinos), fundada em novembro de 1992 a partir de uma dissidência da CGT<sup>7</sup>. Entidade com cerca de 660 mil filiados em face de cerca de 2 milhões de trabalhadores ligados à CGT (que fica sendo a maior central sindical do país).

Conforme a matéria, a nova central controla os sindicatos de funcionários públicos federais, de professores, aeronautas e portuários. A CGT tem sob controle os sindicatos de metalúrgicos, bancários, do setor de saúde e das empresas de energia.

Movimento que continuou até outubro de 2019, quando mais de mil delegados de todo o país, no Congresso Anual Ordinário da Central dos Trabalhadores Argentinos<sup>8</sup>, CTA, aprovaram *“o início de uma reunificação histórica para o movimento sindical, o retorno ao seio*

---

<sup>7</sup> GODINHO, Fernando. Argentina tem nova central sindical. Buenos Aires. In: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi290505.htm>. Acesso em 12. nov. 20.

<sup>8</sup> HORA DO POVO. Centrais argentinas CTA e CGT respondem à devastação macrista com unificação. In: <https://horadopovo.com.br/centrais-argentinas-cta-e-cgt-respondem-a-devastacao-macrista-com-unificacao/>. *Passim*. Acesso em 12. nov. 20.

da *Confederação Geral do Trabalho, CGT*, fato que supera a ruptura e divisões ocorridas a partir de 1991.

#### 4. Âmbito da relevância do Direito Comparado

Apresentados os ordenamentos e aspectos históricos, políticos e sociais, torna-se essencial a comparação entre os sistemas jurídicos que tratam sobre a estrutura e organização do movimento sindical na Espanha e na Argentina, que podem permitir aos juristas encontrarem caminhos norteadores da saída de labirintos fáticos estabelecidos em outros Estados, bem como aprimorar os sistemas em análise.

Como destacado por Ivo Dantas<sup>9</sup>, *"se atentarmos que o Direito Comparado é ramo do conhecimento sobre o processo (= ordenamento jurídico), não vemos nenhum inconveniente no uso da expressão"*. Ao passo, que Ascensão<sup>10</sup> ressalta que:

"(...) o direito comparado pretende levar-nos ao conhecimento dos direitos estrangeiros. (...) O que há de específico no Direito Comparado é o uso do método comparativo, pelo qual os elementos retirados de várias ordens jurídicas são comparados, assinalando-se semelhanças e diferenças. Chega-se assim, pela determinação dos traços essenciais, à demarcação de agrupamentos, que por sua vez nos permitirá a determinação dos sistemas jurídicos contemporâneos. (...) permite ao jurista vencer as grandes dificuldades que provoca sempre um embate com um direito alheio (...)"

---

<sup>9</sup> DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência, 1997. In: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/241/r134-20.PDF?sequence=4>. Acesso em 17 nov. 2020.

<sup>10</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. Sistemas atuais de Direito (direito comparado). In: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/763/710>. p. 07-08. . Acesso em 17 nov. 2020.

Quanto ao objeto, destaca-se da obra de Caio Mário<sup>11</sup>, que o Direito Comparado, porém, vê a unidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto e deve ter presente além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica. Assim, o investigador comparatista, realizando sua obra com o material legislativo apenas, fecha seus horizontes, e não tem a desenvoltura que a pesquisa de cunho nitidamente científico reclama.

Nessa linha de raciocínios, Ivo Dantas<sup>12</sup> demarca que o Direito Estrangeiro é a *conditio sine qua non* para a possibilidade de fazer-se direito comparado, isso porque não poucos pensam que, pelo simples fato de citarem o direito estrangeiro em seus estudos, significa que estejam fazendo estudo comparado. Ainda, que a existência de um ou mais sistemas jurídicos diferentes funciona como um dos polos indispensáveis ao Direito Comparado, pelo que não é correto pensar-se neste quando, por exemplo, estuda-se a evolução histórica de um instituto, dentro do mesmo sistema.

Assim, conforme dispõe Ascensão<sup>13</sup>, o Direito Comparado não representa nenhum ramo da ordem jurídica, mas uma ciência que estuda o Direito utilizando o chamado método comparativo. Melhor seria por isso designarmos esta disciplina Comparação de Direitos, ressalta o autor, para fins de perceber o direito também como instrumento de transformação da sociedade, que não pode, sob pena de violência ou ineficácia, deixar de respeitar os tempos de evolução do meio a que se destina.

Tal comparação deve servir, ademais, para fins de um

---

<sup>11</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo (1955). In: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/889/832>. Acesso em 17. nov. 2020.

<sup>12</sup> DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência, 1997. In: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/241/r134-20.PDF?sequence=4>. Acesso em 17. nov. 2020.

<sup>13</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. Sistemas atuais de Direito (direito comparado). In: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/763/710>. p. 9. Acesso em 17 nov. 2020.

melhor controle de convencionalidade pelos magistrados estatais, tomando questões de boas práticas que podem ampliar o universo interpretativo do julgador nos casos em concreto. Ao observar os tratados internacionais sobre direitos humanos, por exemplo, quando ratificados, em comparação com as normas internas na interpretação de casos de maior complexidade.

Há diversos julgamentos nas Cortes Internacionais em que é feita uma comparação, por vezes contraposição entre os tratados internacionais *Jus Cogens*, com as normas nacionais que versam sobre a mesma matéria. Situação que podem ser observadas quando se trata de ordenamentos jurídicos com dispositivos idênticos por terem recebido influência direta de normas estrangeiras, algo bem recorrente no contexto colonialista e pós colonialista.

Em tais casos, a análise comparativa, também colmatando normas e decisões de tribunais estrangeiros e internacionais é fundamental, como destaca Cavallo<sup>14</sup>:

Si el juez nacional, en el procedimiento de contrastación de la norma nacional con la norma internacional, llega a la conclusión que la primera no es compatible con la segunda, debería hacer primar el principio del estándar más alto, esto es, la norma que otorgue una protección mayor al individuo o que menos restrinja sus derechos fundamentales.

El núcleo duro de la discusión a propósito del control de convencionalidad se sitúa en el nivel jurídico y político interno y plantea a los jueces nacionales principalmente nuevos desafíos. Uno de estos es la determinación de entrar en un diálogo decidido con la jurisdicción internacional, principalmente con la justicia interamericana. Además, se requiere una opción clara en cuanto a incorporar y trabajar cotidianamente con el derecho internacional de los derechos humanos, porque este ordenamiento debería ser un derecho de la vida diaria.

Importante destacar a perspectiva dos julgamentos, uma

---

<sup>14</sup> CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*. Rev. direito GV, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 721-754, Dec. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322013000200015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200015&lng=en&nrm=iso)>. p. 725. Acesso em 17 nov. 2020.

vez que no presente texto, segue-se o eixo de direitos humanos, *jus cogens*, com base na Convenção nº 87 da OIT e das decisões do Comitê de Liberdade Sindical da agência da Organização das Nações Unidas (ONU).

Nesse passo, segue-se pela comparação entre os sistemas normativos espanhol e argentino.

## **5. Estruturas sindicais comparativas no modelo espanhol e argentino**

O contexto sindical mundialmente passou por fases que se seguiram pela criminalização, tolerância e incentivo, conforme destaca Martinez<sup>15</sup>:

Assim, a partir da segunda metade do século XIX, os sindicatos operários apesar de modificados em relação às suas bases originárias, e a despeito de mais técnicos e mais burocráticos, ganharam, paulatinamente, mais autonomia. O movimento sindical estável, livre e independente passou a ser considerado, pelo menos no plano teórico, como condição essencial ao estabelecimento das boas relações entre o capital e o trabalho, e, de um modo geral, como contribuinte de melhoria das condições sociais. Surgia, assim, a liberdade sindical como um direito, inicialmente como um aspecto da liberdade de associação em geral, que integrava um vasto conjunto de liberdades humanas, entre as quais as de reunião, a de expressão e a de imprensa.

Temática dinâmica que reforça mais o papel do Direito Comparado em âmbito sindical. As similaridades são facilmente encontradas tomando o movimento sindical como um todo, como destacado por Gérson Marques<sup>16</sup>, sobre o período:

---

<sup>15</sup> MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antisindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

<sup>16</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Quitação anual: estudos em direito sindical*.

Além de outros critérios para definir marcos no movimento sindical brasileiro, basta, por enquanto, apontar a CLT (1943) , a luta pela redemocratização dos anos 80 e a seguinte a 2017. A primeira não se restringe a 1943, quando a CLT foi editada, mas, sim, à luta sindical que redundou no diploma legal, poucos anos antes e na imediata fase de sua implementação. A CLT foi decisiva para o modelo sindical estabelecido, com práticas que resistem ao tempo e disposições que vigoram até hoje. Ainda é a velha Consolidação que estrutura o sindicalismo brasileiro, o sistema confederativo, as obrigações das entidades, as negociações coletivas etc. Nos anos 1980, o Brasil mergulhou em crise econômica, com salários achatados, greves surgindo espontaneamente, a vontade popular da redemocratização do país. Ocorreram movimentos de resistência, greve geral e, com os sindicatos se reorganizando (surgiram as primeiras Centrais), o objetivo de uma nova política para o Brasil. Os sindicatos tinham, então, propósitos bem definidos.com a abertura política, os sindicatos almejavam um espaço privilegiado e se organizaram para obtê-lo, com a criação de partidos de esquerda melhor estruturados. Em 2017, chegou a Reforma Trabalhista, apoiada por algumas Centrais e entidades sindicais (expressamente ou por omissão proposital). Os direitos dos trabalhadores passaram por profunda transformação e os sindicatos foram pegos de surpresa com o fim da contribuição sindical compulsória, medida suficiente para comprometer o sistema confederativo e desarticular parte do movimento sindical. A luta das entidades da cúpula sindical perante o Governo, ressalvadas as exceções, centralizou-se no custeio sindical, não propriamente na resistência à Reforma Trabalhista ou no resgate da legitimidade perante os trabalhadores.

Algo que pode ser observado nas estruturas sindicais da Espanha e Argentina, como em vários países, no Capitalismo, conforme a dominação exercida.

Tuñón de Lara<sup>17</sup> demarca que o movimento obreiro na Espanha teve início na Catalunha nas décadas de 1830 e 1840, "*quando nace realmente con la fundación en el Congreso Obrero de Barcelona de 1870 de la Federación Regional Española de la Primera Internacional (FRE-AIT)*".

---

Fortaleza: Prêmio Gráfica e Editora, 2018. p. 192-193.

<sup>17</sup> TUÑÓN DE LARA, Manuel. *El movimiento obrero en la historia de España*. I.1832-1899. 2ªed. Madrid; Barcelona: Taurus; Laia, 1977.

Durante a chamada Restauração foram fundadas as duas grandes organizações espanholas, a União Geral de Trabalhadores (1888), de tendência socialista, e a Confederação Nacional do Trabalho (1910), de tendência anarco-sindicalista.

A história registra que CNT e UGT protagonizaram a revolução social ocorrida na zona republicana dos primeiros meses da Guerra Civil Espanhola. Durante a ditadura franquista as centrais históricas foram duramente reprimidas até, praticamente, desaparecerem. Contudo, em fins do governo Franco, surgiu uma nova organização chamada Comissões Obreiras, que junto com a reconstituída UGT, tornaram-se os sindicatos majoritários desde o início do novo período democrático até a atualidade.

Como destacado, a aproximação do governo espanhol com o Nazismo com fraturas internas ligadas aos soviéticos e, em seguida, com os associação ao lado norte americano na guerra fria trouxeram um padrão sindical à Espanha, seguido por grande parte dos membros das Nações Unidas, mais próxima dos dispositivos da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Na Argentina, também, reflexo da Guerra Fria, da ditadura e forte repressão ao movimento, demarca-se uma estrutura atrelada ao Estado, com maior controle nos moldes adotados nos países latino-americanos que sofreram com regimes militares entre as décadas de 1960 a 1980.

O primeiro sindicato argentino foi a Sociedade Tipográfica Bonaerense, quando um grupo de membros decidiu criar um sindicato para negociar os salários e condições de trabalho com os donos de periódicos de Buenos Aires, quando recebeu o nome de União Tipográfica, antecessora direta da atual Federação Gráfica Bonaerense. Conforme destaca Peteghem<sup>18</sup>, em 1879:

---

<sup>18</sup> VAN PETEGHEM, Inés. Estrategia y lucha en la huelga de tipógrafos de 1878. In: <https://cdsa.academica.org/000-008/1267>. Acesso em 17. nov. 2020.

La Unión Tipográfica declara la primera huelga sindicalmente organizada, contra la reducción de salarios. La huelga sorprendió a las empresas periodísticas que intentaron romperla mediante amenazas de despidos en masa y trayendo tipógrafos desde Montevideo, intento este último que fracasó por la solidaridad de la sociedad tipográfica montevideana con los huelguistas argentinos. Finalmente los diarios fueron aceptando las peticiones obreras: aumento de salarios, reducción de la jornada a 12 horas y exclusión de los niños menores de doce años. Sin embargo, al poco tiempo varios de los principales periódicos despidieron masivamente a los tipógrafos huelguistas, reimplantando las viejas condiciones de trabajo y causando la desaparición del sindicato.

Godio<sup>19</sup> acrescenta que a partir de então começam a se organizar sindicatos por ofícios (comércio, padeiros, cocheiros e outros), de modo que na década de 1880 foram criados dezenove sindicatos em Buenos Aires, todos de alcance local. Alerta o autor que *“con la única excepción de La Fraternidad de Maquinistas y Fogoneros de Locomotoras (1887), un sindicato estratégico por su capacidad de paralizar el transporte ferroviario, que aún continúa existiendo en la actualidad”*.

Contudo, no curso do Século XX após o desenvolvimento de grandes entidades representativas, protagonistas argentinas, com os regimes de exceção que trouxeram, também, ditaduras, houve muita perseguição e mortes de sindicalistas, oscilando entre certo apoio governamental, em determinados momentos, e oposição com perseguição a sindicalistas em outros.

A nível comparativo, percebe-se que os modelos adotados na Argentina e Espanha são bem diferentes, de modo que, no primeiro, há organização por atividade desempenhada e em razão da prestação de serviços na mesma empresa ou atividade desenvolvidas, mas na Espanha há um modelo fincado na representatividade.

A nível de representação, a Lei 23.551/88 argentina fixa o modelo

---

<sup>19</sup> GODIO, Julio (2000). Historia del movimiento obrero argentino (1870-2000) I. Buenos Aires: Corregidor. In: <https://www.worldcat.org/title/historia-del-movimiento-obrero-argentino-1870-2000/oclc/46836735>. p. 83-84.

da estrutura sindical no tópicio “*De los tipos de asociaciones sindicales*”. Para tanto, no Artigo 10º destaca-se que se consideram associações sindicais de trabalhadores as constituídas por:

- a) trabajadores de una misma actividad o actividades afines;
- b) trabajadores del mismo oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas;
- c) trabajadores que presten servicios en una misma empresa.

Quanto a organização sindical o Artigo 11º, da Lei 23.551/88 argentina, dispõe que as associações sindicais podem assumir formas específicas, tais como:

- a) sindicatos o uniones;
- b) federaciones, cuando agrupen asociaciones de primer grado;
- c) confederaciones, cuando agrupen a las asociaciones contempladas en los incisos que preceden a éste.

Nos termos do Decreto 467/88 argentino, art. 5º, dispõe-se que as federações não poderão dispensar os pedidos de filiação das associações de primeiro grau que representem os trabalhadores da atividade, profissão, ofícios ou categoria previstos no estatuto da respectiva federação.

Quanto às confederações, o mesmo artigo dispõe que “*las confederaciones no podrán rechazar a las federaciones, sindicatos o uniones que reúnan las características contempladas en los estatutos de la respectiva confederación*”.

Percebe-se que tal modelo, por ensejar a possibilidade de trabalhadores por empresa, tende a fragilizar muito a força advinda da união do maior grupo possível de trabalhadores. Contudo, atende ao disposto na Convenção nº 87/48 sobre Liberdade Sindical da OIT, cujo centro está nos artigos 2º e 3º:

Art. 2 — Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

Art. 3 — 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação.

2. As autoridades públicas deverão abster-se de qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou entravar o seu exercício legal.

Questão já definida, inclusive, pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT, conforme a sexta edição em 2018, a Recopilação de Decisões do CLS, verbete nº 479, que vislumbra a possibilidade de constituição, até mesmo de mais de um sindicato por empresa, *verbis*:

479. El derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes implica, en particular, la posibilidad efectiva de crear – si los trabajadores así lo desean – más de una organización de trabajadores por empresa.

Algo reforçado no verbete nº 480 da Recopilação, que dispõe que *“Es contrario al Convenio núm. 87 impedir que coexistan dos sindicatos de empresa”*.

A norma argentina, ainda que limite a criação de sindicatos a *“trabajadores de una misma actividad o actividades afines”, “trabajadores del mismo oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas”,* não nos parece contrariar a Convenção 87 da OIT, uma vez que permite a criação vinculada à mesma atividade, e atividades afins, mas quando se trata de mesmo ofício, profissão ou categoria, podem ser criadas entidades mesmo que atuem em atividades diferentes.

Ressaltando que, conforme o art. 2º da Convenção nº 87/OIT, não deve haver qualquer limite, de modo que os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de

constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas

Na Espanha, nos termos do Artigo 6º, inciso 1, da Lei 11/85, a maior representatividade sindical reconhecida a determinados sindicatos lhes confere uma singular posição jurídica a efeitos, tanto de participação institucional como de ação sindical.

Para tanto, consideram-se mais representativos os sindicatos a nível estatal, conforme o inciso 2, do artigo sexto da Lei 11/85:

- a) Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas.
- b) Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a).

A representatividade dos sindicatos a nível estatal aos que têm 10% (dez por cento) ou mais de delegados de pessoal e membros de comitê de empresa e dos correspondentes órgãos das administrações públicas. São considerados como sindicatos mais representativos nas Comunidade Autônoma, nos termos do artigo 7º da Lei 11/85 espanhola, os que detenham a representação seguinte:

- a) Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal;
- b) los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a).

Tais entidades gozam da capacidade representativa para exercer, em âmbito específico da Comunidade Autônoma, as funções e faculdades destinadas aos sindicatos mais representativos.

Nos termos do Artigo 7º, inciso 2, há outra categoria representativa demarcada pela lei para entidades que tenham obtido em determinado âmbito territorial e funcional específico 10% (dez por cento) ou mais de delegados de pessoal e membros de comitê de empresa e dos correspondentes órgãos das administrações públicas. Tais entidades estarão legitimadas para exercer, no respectivo âmbito funcional e territorial, as seguintes funções mais restritas do artigo 6º, inciso 3:

- b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.
- c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.
- d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo.
- e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas.
- [...]
- g) Cualquier otra función representativa que se establezca.

Desse modo, observa-se a existência de sindicatos mais representativos, sindicatos de abrangência estatal, os que abrangem a Comunidade Autônoma e em determinado âmbito territorial e funcional específico, os quais podem organizar federações e confederações. O Poder Público afere a representatividade e faz os respectivos registros sindicais, como dispõe o Artigo 4º, da Lei 11/85 espanhola. Assim, o item 1 do artigo em questão, dispõe que *"para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar, por medio de sus promotores o dirigentes sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto"*.

A norma espanhola parece atender a Convenção 87 da OIT,

apesar de limitar a representação à representatividade, uma vez que parece otimizar a norma internacional para evitar a fragilização com pulverização em sindicatos com baixíssima representatividade. Como consta nas *"Obligaciones fundamentales de los Estados Miembros en materia de derechos humanos y de derechos sindicales"* da Recopilação de Decisões do CLS/2018:

52. En virtud del artículo 19, párrafo 8 de la Constitución de la OIT, en ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las previstas en el convenio o la recomendación.

Mas, é bom considerar entendimentos contrários no sentido de que a liberdade disposta no art. 2º da Convenção nº 87/OIT é mais ampla. Assim, não deve haver qualquer limite, de modo que os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

Nesse sentido, dispõe o verbete nº 485 da Recopilação/2018 que sob o argumento de que os trabalhadores e empregadores obtenham, em geral, vantagens a evitar uma multiplicação no número das organizações competidoras, não parece motivo suficiente para justificar uma intervenção direta ou indireta do Estado e sobretudo por via legislativa. Algo que fica claro na literalidade da decisão do CLS:

485. A pesar de que los trabajadores pueden tener interés en evitar que se multipliquen las organizaciones sindicales, la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria al principio enunciado en los artículos 2 y 11 del Convenio núm. 87. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que «existe una diferencia fundamental en cuanto a las garantías establecidas para la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación entre dicha situación, por una parte, en que el monopolio

sindical es introducido o mantenido por la ley, por otra, las situaciones de hecho, que existen en ciertos países, en que todas las organizaciones sindicales se agrupan voluntariamente en una sola federación o confederación, sin que ello resulte directa o indirectamente de las disposiciones legislativas aplicables a los sindicatos y a la creación de asociaciones profesionales. **El hecho de que los trabajadores y los empleadores obtengan, en general, ventajas al evitar una multiplicación en el número de las organizaciones competidoras no parece suficiente, en efecto, para justificar una intervención directa o indirecta del Estado y sobre todo la intervención de éste por vía legislativa».** Aunque apreciando en todo sentido el deseo de un gobierno de fomentar un movimiento sindical fuerte, evitando los efectos de una multiplicidad indebida de pequeños sindicatos competidores entre sí y cuya independencia podría verse comprometida por su debilidad, el Comité ha señalado que es preferible en tales casos que el gobierno procure alentar a los sindicatos para que se asocien voluntariamente y formen organizaciones fuertes y unidas, y no que imponga por vía legislativa una unificación obligatoria que priva a los trabajadores del libre ejercicio de sus derechos sindicales y viola los principios incorporados en los convenios internacionales del trabajo relativos a la libertad sindical.

Toma-se como parâmetro de *Jus Cogens* – normas de direitos humanos, a Convenção nº 87/OIT para se tratar sobre liberdades sindicais globalmente, entre os 187 Estados Membros da OIT, contudo nem todos ratificaram tal norma. Algo que livra os Estados do cumprimento específico e da demonstração do esforço para seguir todas as normas da OIT, como destacado nas “*Obligaciones fundamentales de los Estados Miembros en materia de derechos humanos y de derechos sindicales*”, da Recopilação do CLS/OIT de 2018:

Verbete nº 44. Cuando un Estado decide ser Miembro de la Organización Internacional del Trabajo, acepta los principios fundamentales definidos en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia, incluidos los relativos a la libertad sindical.

A questão do *Jus Cogens* está posta na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, em que se dispõe no art. 53, sobre Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito

## Internacional Geral (*jus cogens*) que:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Ainda na Convenção de Viena, Artigo 64, Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), ressalta-se que *“se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”*.

Conforme o Relatório Global da OIT<sup>20</sup>, alguns Estados de importância industrial notória e países de grande população e extensão territorial estão entre os que não ratificaram as Convenções nº 87 e nº 98. Isto deixa uma grande proporção de empregadores e trabalhadores, no âmbito mundial, sem a proteção legal oferecida por estes instrumentos internacionais. Cerca de metade do total da força de trabalho dos Estados-Membros da OIT vive em 5 países que não ratificaram a Convenção nº. 87: Brasil, China, Índia, Estados Unidos da América e República Islâmica do Irã. Nenhuma ação significativa com a finalidade de promover a ratificação das Convenções foi desenvolvida nesses países desde o lançamento do segundo Relatório Global da OIT sobre os princípios da liberdade sindical e a da negociação coletiva (Organizar-se em Prol da Justiça Social), em 2004. O primeiro Relatório Global sobre o tema (Sua Voz no Trabalho) foi lançado em 2000.

A Espanha, conforme dados da OIT<sup>21</sup>, é signatária da Convenção

---

<sup>20</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Relatório Global. In: [https://congressoemfoco.uol.com.br/UserFiles/Image/Relatorio\\_OIT.pdf](https://congressoemfoco.uol.com.br/UserFiles/Image/Relatorio_OIT.pdf). Acesso em 17 nov. 2020.

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Ratificación del C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948

87 da OIT, desde 20 de abril de 1977, bem como a Argentina, desde 18 de janeiro de 1980, constando ambos os estados como em pleno vigor.

Ante o exposto, percebe-se grandes diferenças entre os modelos de organização sindical argentina e espanhola, com aspectos de possíveis contrariedades à Convenção nº 87 da OIT que devem ser sanados.

## 6. Considerações finais

Conforme analisado, no contexto do Direito Comparado em âmbito sindical deve ser visto como algo amplo, que supera em muito as discussões sobre legislação comparada, que tem um universo mais limitado. Para tanto, a normatização pura é utilizada no método comparativo, mas não se resume à comparação.

Tal ciência jurídica deve ser vista como algo amplo, que supera em muito as discussões sobre legislação comparada, que tem um universo mais limitado. Para tanto, a normatização pura é utilizada no método comparativo, mas não se resume à comparação.

Em âmbito sindical, contemporaneamente, torna-se fundamental a utilização de análises comparativas com a observância do funcionamento de tais organizações em outros Estados, com seus respectivos modelos e sistemas, para que se possa observar os aspectos positivos para possível adoção de pautas capazes de viabilizar avanços sociais.

Observar o Direito em funcionamentos culturais distintos com relação à uma área repleta de incompreensões e preconceitos que levam a contradições profundas, tais como ocorre no movimento sindical, é de profunda importância para que se possa encontrar pontos de convergência utilizáveis para a obtenção de uma sociedade

---

(núm. 87). In: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312232:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232:NO). Acesso em 17 nov. 2020.

cada vez mais livre, justa e solidária.

A atualidade, como apresentado, vem repleta de condutas antissindicaais em atitudes nefastas de governos autoritários e populistas que corrompem interpretações com a má utilização de princípios para a forja de normas injustas e perseguidoras. Condutas que seguem parâmetros de dificuldades na implantação democrática e tendências autoritárias predominantes em determinados períodos históricos, que ocorreram, também na Espanha e Argentina.

Como marca desse histórico social, político e jurídico, restam as normas que disciplinam as entidades sindicais em ambos os países, com suas influências e resquícios de momentos antidemocráticos.

Percebe-se que os modelos adotados na Argentina e Espanha são bem diferentes, de modo que, no primeiro, há organização por atividade desempenhada e em razão da prestação de serviços na mesma empresa ou atividade desenvolvidas, mas na Espanha há um modelo fincado na representatividade. Ambos com presença marcante do Poder do Estado limitando o funcionamento das entidades.

Percebeu-se as grandes diferenças entre os modelos de organização sindical argentina e espanhola, com aspectos de possíveis contrariedades à Convenção nº 87 da OIT que devem ser sanados. Situação que se assevera pelo fato de ambos os países serem membros da OIT quanto pelo fato de serem signatários da Convenção das Liberdades Sindicais.

## Referências

ASCENSÃO, J. Oliveira. *Sistemas atuais de Direito (direito comparado)*. In: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/763/710>.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*. Rev. direito GV, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 721-754, Dec. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322013000200015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200015&lng=en&nrm=iso)>.

- DANTAS, Ivo. *Direito Comparado como Ciência*, 1997. In: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/241/r134-20.PDF?sequence=4>.
- GODINHO, Fernando. Argentina tem nova central sindical. Buenos Aires. In: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi290505.htm>.
- GODIO, Julio (2000). *Historia del movimiento obrero argentino (1870-2000) I*. Buenos Aires: Corregidor. In: <https://www.worldcat.org/title/historia-del-movimiento-obrero-argentino-1870-2000/oclc/46836735>.
- HORA DO POVO. Centrais argentinas CTA e CGT respondem à devastação macrista com unificação. In: <https://horadopovo.com.br/centrais-argentinas-cta-e-cgt-respondem-a-devastacao-macrista-com-unificacao/>.
- LEWKOWICZ, Nicolas (2018). *The United States, the Soviet Union and the geopolitical implications of the origins of the Cold War*. In: <https://www.worldcat.org/title/united-states-the-soviet-union-and-the-geopolitical-implications-of-the-origins-of-the-cold-war/oclc/1061862862>.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Quitação anual: estudos em direito sindical*. Fortaleza: Prêmio Gráfica e Editora, 2018.
- MARTINEZ, Luciano. *Conduas Antisindicalis*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MATEOS, Abdon. EL RETORNO DE ESPAÑA A LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: LA PERSISTENCIA DEL OSTRACISMO, 1956-1960. Net: <https://core.ac.uk/download/pdf/230773049.pdf>.
- MURILLO, María V. *Cambio y continuidad del sindicalismo en democracia*. Revista Sociedad Argentina de Análisis Político v. 7, n. 2, p. 339-348. Ciudad Autónoma de Buenos Aires nov. 2013.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Relatório Global*. In: [https://congressoemfoco.uol.com.br/UserFiles/Image/Relatorio\\_OIT.pdf](https://congressoemfoco.uol.com.br/UserFiles/Image/Relatorio_OIT.pdf).
- \_\_\_\_\_. *Ratificación del C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)*. In: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312232:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232:NO).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito comparado e o seu estudo (1955)*. In: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/889/832>.
- TUÑÓN DE LARA, Manuel. *El movimiento obrero en la historia de España*. I.1832-1899. 2ªed. Madrid; Barcelona: Taurus; Laia, 1977.
- VAN PETEGHEM, Inés. *Estrategia y lucha en la huelga de tipógrafos de 1878*. In: <https://cdsa.academica.org/000-008/1267>.



# Capítulo 06

## DESCONTOS SALARIAIS DOS DIAS PARADOS EM DECORRÊNCIA DE GREVE: BRASIL E DIREITO COMPARADO DO TRABALHO

Francisco Gérson Marques de Lima<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo analisa o pagamento dos dias parados durante as greves, seu cabimento e exceções, enfocando os critérios da contraprestação e da culpabilidade, ora da empresa, ora dos trabalhadores. São trazidas ao cotejo com a experiência brasileira a legislação, a doutrina e a jurisprudência de alguns países, a fim de se verificar o tratamento conferido em outras nações. A pesquisa foi eminentemente sobre textos legais e doutrinários encontrados na internet, onde também se localizaram notícias, informações e documentos de interesse ao texto.

**Palavras-chave:** Greve. Dias parados. Salários. Direito comparado.

### 1. Apresentação do tema

Tem estimulado debates frequentes na doutrina e na jurisprudência a problemática da remuneração, da reposição, do desconto e da compensação dos dias parados nas greves. O tema volta recorrentemente, no Brasil e em outros países, sem que as abordagens sejam conclusivas, o que é natural da sua complexidade. O julgamento

---

<sup>1</sup> Doutor, Professor da UFC, Subprocurador-Geral do Trabalho, Tutor do GRUPE-Grupo de Estudos em Direito do Trabalho, membro fundador da Academia Cearense de Direito do Trabalho.

da greve dos correios pelo TST, no dia 21.09.2020, por exemplo, reacendeu a questão (TST, SDC, DCG 1001203-57.2020.5.00.0000, Red. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho) e provocou perspectivas mais verticalizadas, propiciando uma nova reflexão a respeito.

A jurisprudência predominante, no Brasil, é de que os dias de paralisação podem ser descontados dos salários dos trabalhadores, inclusive imediatamente, durante a, afirmando ser esta a interpretação que se extrai da Lei nº 7.783/89. O TST vem, paulatinamente, por sua SDC- Seção de Dissídios Coletivos, sedimentando entendimento de que, nas greves legais, podem ser descontados os salários da metade do período de paralisação e, a outra metade, será objeto de compensação (ex.: TST/SDC, DC 6535-37.2011.5.00.0000, Rel. Mauricio Godinho Delgado, j. 11.10.2011; TST/SDC, DCG 1000662-58.2019.5.00.0000, Min. Maurício Godinho Delgado, j. 02.10.2019; SDC, DCG 1001203-57.2020.5.00.0000, Red. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, j. 21.09.2020).

No Supremo Tribunal Federal, a matéria tem sido enfrentada nas greves ocorridas no âmbito da Administração Pública, o que levou a Corte a editar a seguinte tese de repercussão geral, adotando o verbo imperativo aos gestores:

“A Administração Pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público” (STF, Tese de repercussão geral, RE 693.456/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 02.09.2015).

Esta tese foi firmada pelo STF em face das peculiaridades do serviço público, no qual é ínsito o interesse público. Por outro lado, o Projeto de Lei 4.497/2001 (Deputada Rita Camata, PMDB), sobre o direito de greve dos servidores públicos, dispõe em seu art. 9º (no

Substitutivo, é o art. 10) que “os dias de greve serão contados como de efetivo exercício para todos os efeitos, inclusive remuneratórios, desde que, após o encerramento da greve, sejam repostas as horas não trabalhadas, de acordo com cronograma estabelecido conjuntamente pela Administração e entidade sindical ou comissão de negociação a que se refere o § 2º do art. 3º.”

Sob o plano normativo vigente, a matéria é tratada especificamente pelo art. 7º da Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve), aplicável subsidiariamente aos servidores públicos, dispondo que “observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.”

Ante tais inteligências jurisprudenciais e normativas e verificando aspectos jurídicos pouco explorados nas demandas judiciais sobre movimentos paredistas, neste pertinente, seguem estas considerações doutrinárias a propósito da remuneração dos dias parados nos movimentos grevistas.

De antemão, é imperioso observar que a questão não pode ser tratada uniforme nem genericamente, como se todas as greves fossem iguais, idênticas as suas causas e similar o *modus operandi* dos grevistas. Estas distinções, na verdade, determinam os efeitos da paralisação coletiva e influenciam na remuneração dos dias parados. O elemento *culpabilidade* é fundamental para o discernimento do que seja justo para a multiplicidade de situações que se apresentam nessas manifestações coletivas.

Para a elaboração do presente artigo doutrinário, utilizaram-se as disposições legais do ordenamento de vários países, a pesquisa jurisprudencial e a consulta doutrinária. O método comparativo está presente, aliado a incursões indutivas, eis que analisa a realidade de outros países, em cotejo com o Brasil e parte de disposições concretas da legislação e de julgados, para, ao final, chegar à conclusão do que se tem predominantemente no campo jurídico. O critério para escolha dos países foi o da diversificação, envolvendo países em desenvolvimento

e desenvolvidos, a fim de conferir maior amplitude à investigação doutrinária.

## 2. Evolução jurídica do direito de greve

A justificativa para que haja ainda dúvidas sobre a remuneração dos dias parados, nas greves, decorre da ausência de maior discussão sobre o direito de greve, sobre o giro jurídico que a Constituição Federal de 1988 emprestou à matéria.

Os períodos históricos da legislação de greve envolvem as seguintes fases sucessivas e sequenciais: **(a) de proibição**, tipificando-se a greve como conduta criminosa e ensejadora de extinção do contrato de trabalho;<sup>2</sup> **(b) de tolerância**, em que o Direito retirou o aspecto criminoso, mas deixou existentes consequências trabalhistas, como a verificação de justas causas (sanções não criminais) e a suspensão contratual, resultantes da medição de forças; e **(c) de direito**, especialmente na categoria de direito fundamental coletivo, fase na qual se reconhece e se assegura o direito de paralisação, dentro de certos parâmetros razoáveis fixados pela legislação.

O Brasil acompanhou esta evolução até assegurar o direito de greve no art. 9º, CF, na tipologia de direito fundamental, atualmente. Resumidamente, pode-se apontar o seguinte histórico da regulamentação da greve, no Brasil:

A CF/1934 proibia a greve, sendo que o Dec. 431/1938 atribuía

---

<sup>2</sup> Na fase de criminalização da greve, interpretavam-se os movimentos sociais coletivos como atentado ao regime tutelado – senão, imposto – pelo Estado, ao *stablishment* e à ordem econômico-social, então mantida sob o véu da disciplina de um ordenamento jurídico que não admitia debates democráticos, assim como o regime político também era incontestável. As greves, como quaisquer manifestações coletivas contra essa ordem, eram puníveis severamente. Wilson de Souza Campos Batalha caracterizava a greve como direito inerente ao ideário democrático (*Sindicatos, sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1992, p. 212-213). E, em regimes ditatoriais, não são permitidas condutas que reivindiquem esse ideário ou que discutam o *stablishment*.

como crime a greve de funcionários públicos, considerada como atentatória à segurança nacional. Lembre-se que, desde 1930, o país vivia uma conturbação política e sob os rasgos de uma ditadura, que foi escancarada pelo golpe de Estado de 1937, implementador do “Estado Novo”.<sup>3</sup> A CF/1937 reputava a greve e o *lockout* como mecanismos antissociais. O Dec.-Lei nº 1.237/1939 previa punições que variavam de suspensões disciplinares a despedidas e prisões. O Cód. Penal de 1940 tipificava como crime a paralisação coletiva do trabalho contrária aos interesses públicos ou que perturbasse a ordem pública. A CLT/1943 estabelecia sanções aos que abandonassem coletivamente o trabalho sem autorização do tribunal competente. O Dec.-Lei nº 9.070/46 autorizou a greve em atividades acessórias, mas previa grandes restrições nas atividades fundamentais. A CF/1946 reconheceu o direito de greve, remetendo sua disciplina à lei. Chamada de “lei antigreve”, surgiu a Lei nº 4.330/1964, com sérias restrições a este direito, situação agravada com a CF/1967, quando o país estava sob a ditadura militar. Depois, enquanto as greves surgiam em diversos pontos do país, vieram outras leis tratando de situações mais específicas, como a Lei nº 6.128/78 (proibia a greve a empregados das paraestatais), Lei nº 6.158/78 (proibia a greve aos servidores celetistas em geral), Lei nº 6.620/78 (Lei de Segurança Nacional, que estabeleceu punições a grevistas), Decr.-Lei nº 1.632/78 (indicava quais eram as atividades essenciais, nas quais eram proibidas as greves). Nesses contextos legislativos, o não pagamento pelos dias parados era indiscutível. Mas uma mudança sobreveio com a CF/88, que inseriu a greve como direito fundamental, tendo-a regulado a Lei nº 7.783/89.

Pois bem. A Lei nº 7.783/89 foi elaborada na vigência do art. 9º, CF/88 (a greve constitui direito fundamental), tratando da paralisação coletiva sob ótica diversa da historicamente consagrada no Brasil e

---

<sup>3</sup> Em 1930, houve a deposição do Presidente Washington Luís. Getúlio Vargas assumiu a Presidência da República, em regime militar (*Governo Provisório*), que foi exercido mediante expedientes nada democráticos. Em 1934, o Presidente ganhou mais um mandato, garantido constitucionalmente (*Governo Constitucional*). Em 1937, Getúlio promoveu o golpe de Estado e instaurou a ditadura, permanecendo até 1945 (fase chamada de *Estado Novo*).

deixando para a jurisprudência a interpretação atualizadora e sob o critério da equidade (arts. 8º e 766, CLT), no aperfeiçoamento do programa social estabelecido pela Constituição.

Nesta fase histórica de reconhecimento deste **direito** social, consagrado pela Constituição brasileira de 1988, os grevistas não podem sofrer nenhuma sanção ou retaliação por terem promovido greve ou dela participado. Portanto, descontos salariais não são aplicados como punições, mas, sim, como consequência pura e simples de não ter havido trabalho no período de greve de caráter reivindicatório de interesses, com as ressalvas apontadas neste estudo, a depender da culpabilidade da(s) empresa(s). E, mesmo assim, a matéria exige algumas ponderações, que se verão ao longo deste artigo doutrinário.

As greves ilegais ou abusivas autorizam punições disciplinares aos grevistas, situação em que é importante compreender a Súmula 316 do STF, aprovada em 13.12.1963 (*“a simples adesão a greve não constitui falta grave”*),<sup>4</sup> para adequá-la ao contexto da Constituição Federal de 1988, interpretando-a no sentido de que ela se refere às greves ilegais ou abusivas. Primeiro, porque a participação em greves legais não pode acarretar nenhuma punição aos trabalhadores, estejam ou não na linha de frente. Segundo, porque trabalhadores podem integrar o grupo de *front* da greve sem saber da existência de vícios que a maculam de abusividade ou ilegalidade, o que, em regra, só é conhecido com a declaração pelo Tribunal competente, em decisão liminar ou decisão definitiva. Daí, a *“simples adesão”* (sem panfletagem,

---

<sup>4</sup> A Constituição Federal brasileira de 1946 autorizava a greve, nos termos da lei, rompendo com a legislação anterior, que a tratava como crime e impunha punições severas aos trabalhadores; mas o STF entendeu, à época, que havia sido recepcionado pela nova Carta o Decreto-Lei nº 9.070/46, que regulava a greve em atividades acessórias e impunha muitas limitações ao seu exercício. Então, a Súmula 316-STF (de 1963) significou um cauteloso avanço para aquele período, porque admitiu a greve e excluiu a justa causa, salvo para os que estivessem na linha de frente das paralisações não permitidas. Em 1964, já no regime militar, sobreveio a Lei nº 4.330/64, que assegurou o direito de greve, mas com tantas limitações que foi apelidada de *“lei antigreve”*. Em 1988, a Constituição encartou o direito de greve entre os direitos fundamentais (art. 9º), sendo regulada pela Lei nº 7.783/89, a qual vem sendo submetida a uma jurisprudência dogmática.

sem participação ativa, ausência nos piquetes...) não pode implicar em justa causa. Nas greves lícitas, pode haver o desconto salarial, se não houver culpabilidade causal na conduta da empresa, mas sem penalidades. Nas greves abusivas – por enquanto, equiparadas a ilícitas – , além do desconto, é possível aplicar punições aos que estiveram na linha de frente; ou apenas corte de ponto aos que simplesmente aderiram ao movimento. São aspectos que merecem, de fato, ser tratadas pelos tribunais e pelos mecanismos que resolvam o conflito, ante a complexidade que o tema sugere. Mas com muita acuidade e analisando vários fatores e circunstâncias da paralisação.

### **3. Greve enquanto mecanismo de reação a violação de direitos e como instrumento de pressão negocial**

Segundo Alfredo J. Ruprecht, partindo de estudos confirmativos da Organização Internacional do Trabalho, as greves são mais frequentes nos países que têm pouca experiência em matéria de negociação coletiva (contratação coletiva).<sup>5</sup> É que a greve tem sido relacionada às negociações coletivas de trabalho, o que se mostra uma perspectiva incompleta das relações coletivas entre empregados e empregadores.

Cumprir observar que, na doutrina e na legislação comparadas, tem-se falado em greve para defesa de direitos (greve de direitos) e greve para reivindicação de interesses (greve de interesses), para significar, respectivamente, a resistência coletiva em face de violação de direitos já estabelecidos por lei ou pelo contrato, ou por razões de reivindicação de benefícios coletivos, nas tratativas de acordos ou convenções coletivas. Bernd Wass observa que a legislação de grande parte dos países qualifica como ilegais as greves derivadas das **controvérsias de direitos**, enquanto são legais as referentes a **disputas sobre interesses**. Naquelas, a greve almeja defender a própria ordem jurídica, possuindo pouca margem de negociabilidade

---

<sup>5</sup> RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 718.

e de transação, ao passo que as paralisações coletivas movidas por “interesses” funcionam como “instrumentos de pressão”<sup>6</sup> sobre os padrões para atendimento das reivindicações coletivas. O autor cita a legislação da Turquia, Hungria, Austrália e Alemanha. E acrescenta:

En algunos países, se regulan explícitamente los casos en que una huelga sea usada como un medio de intervención en una disputa individual sobre los derechos. Por ejemplo, en Irlanda la ley provee que cuando la disputa laboral se relaciona con un trabajador individual y sí los procedimientos para la resolución de los agravios individuales han sido acordados, la ley de inmunidad solamente se aplicará cuando aquellos procedimientos han sido ya recurridos y agotados. En Japón, la situación legal es diferente. No solamente las disputas sobre los intereses pero también sobre los derechos pueden representar cuestiones relativas a la negociación colectiva, este último es también comprendido como posible temas de negociación colectiva y de huelga. Una huelga destinada a prevenir a un empleador de despedir a un miembro específico del sindicato, por ejemplo, es legal en Japón. En los Países Bajos, por otra parte, una acción que reclama por el despido de un trabajador no es considerada un conflicto de intereses, sino que un conflicto de derechos. Cabe señalar que en la jurisprudencia, el concepto de “conflicto de intereses” es usualmente aplicado ampliamente. Tan pronto como la acción tenga una meta colectiva, esta es considerada un conflicto de interés.

En este contexto puede ser interesante advertir que mientras las huelgas son usadas principalmente como un medio para presionar en función de demandas por aumentos salariales, hay innumerables países donde el no pago de salarios y las violaciones de los derechos de los trabajadores constituyen la razón principal de las huelgas.<sup>7</sup>

Os países que tipificam como ilegais as greves para **defesa de direitos** enxergam que há outros mecanismos jurídicos para esta

---

<sup>6</sup> “Pressão negocial”, segundo Héctor Omar García, p. 84, in El derecho de huelga. Texto extraído e aumentado do capítulo “Derecho de huelga”, do *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, dirigido por Julio C. Simon e coordinado por Leonardo Ambesi, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2012, tomo II.

<sup>7</sup> WASS, Bernd. La huelga como un derecho fundamental y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales de los ciudadanos, *Informe General III*, p. 18.

finalidade, dotados de grande eficácia e de fácil acesso. A existência de instâncias judiciais e a intervenção rápida do Executivo no conflito, pelos órgãos trabalhistas, justificam o impedimento de paralisações, que prejudicam não apenas a empresa, mas também a sociedade. Então, o Estado chama para si a atribuição de responsabilizar o empregador que não cumpra a lei nem o contrato. Por outro lado, considerando o princípio de liberdade sindical, o Estado não intervém na pauta de reivindicação nos conflitos de disputa de interesses nem nos processos de negociação coletiva, a não ser para fiscalizar o cumprimento dos requisitos legais e para mediar o conflito.

No Brasil, a CF/1988 proibiu o Estado, enquanto instância administrativa, de intervir e interferir na organização sindical, acarretando o afastamento do Poder Público dos métodos de resolução de conflitos.<sup>8</sup> Restando o Judiciário como alternativa estatal, constata-se, porém, que, mesmo a Justiça do Trabalho, apresenta procedimento complexo, lento e burocrático (Dissídio Coletivo, ações de interdito possessório etc.). Então, pode-se dizer que, no Brasil, não há mecanismos eficazes e rápidos de solução dos conflitos coletivos. Sabe-se que, ultimamente, a Justiça do Trabalho vem se esforçando em suprir a lacuna deixada pelo Executivo, mediando a contenda entre trabalhadores e empregadores, com certo sucesso, mas ainda sem o amadurecimento de mediador nato e sem tirar completamente a toga.

Assim compreendido, verifica-se que o Brasil, filiando-se a outros ordenamentos, tanto admite a greve para a **defesa de direitos** quanto no caso de **disputa de interesses**, na medida em que o art. 9º, CF, atribui aos trabalhadores definirem os interesses que devam por meio

---

<sup>8</sup> O Ministério do Trabalho, atualmente extinto no Brasil, cometeu o erro estratégico de se afastar das questões coletivas e dos problemas sindicais, após 1988, atraindo para si quase apenas a antipática (e constitucionalmente duvidosa) responsabilidade do registro sindical, no qual tem, não raramente, avançado a fronteira da liberdade sindical, para regular por Portarias matérias que só a lei poderia disciplinar – ou que nem esta poderia fazê-lo. Esta opção política, entre outros fatores, contribuiu para o enfraquecimento do órgão e sua posterior extinção. As mediações ficaram em segundo plano, procedimentos que foram empurrados ao Ministério Público e ao Judiciário.

dela defenderem. “Interesses”, aí, compreende-se no sentido amplo, na linguagem própria do constituinte, que não é a técnico-jurídica setorial. Esta inteligência é melhor compreendida com o texto do art. 14, parág. único, inc. I, da Lei nº 7.783/89, segundo o qual a greve não é abusiva se tiver por “*objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição*”, estando vigente acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. Ademais, a Lei só considera abusivo o direito de greve quando não observadas as normas na Lei de Greve (art. 14), entre as quais não se encontra a vedação da greve aos casos de ilegalidades cometidas pelo empregador. E, de fato, a tradição e o costume correntes nas relações coletivas de trabalho e na jurisprudência brasileiras têm sido no sentido de não fazer a distinção existente em outros países, diferentemente do apontado por Wass.

Na doutrina argentina, Justo López entende aplicável, no Direito do Trabalho, a *exceptio non adimpleti contractus*, mas restrita às relações individuais e aos conflitos qualificados como de direito. A este entendimento se opõe Ramírez Bosco, ambos citados por Héctor García, do qual ora se transcrevem os seguintes trechos:

A la distinción de López, Ramírez Bosco agrega que la hipotética consideración de la huelga como excepción de incumplimiento conduce a otros resultados, menos observados pero igualmente inconvenientes, tales como:

- a) Si efectivamente se trata de una conducta en sí misma legitimada por un accionar antijurídico de la otra parte, no tendría razón de ser el que se la pueda inhibir aunque sea temporalmente, como hacen las normas sobre conciliación obligatoria, que son la parte del sistema en que existe mayor interés y resulta legislada con más constancia;
- b) Frente al incumplimiento previo del empleador no habría por qué no admitir la conducta refleja de cada trabajador individual, con lo que se dejaría de lado la exigencia de que este acto sea colectivo;
- c) Si el incumplimiento de los trabajadores encuadrarse en el art. 1201 del Código Civil, es posible por lo menos que se les deba pagar la remuneración por el tiempo de huelga, con lo cual cae otro de los elementos básicos para la contención de este fenómeno.

Para concluir este punto, cabe añadir, con Krotoschin, que aunque el derecho de retención de tareas pueda ser ejercido colectivamente ello no alcanza a configurar estrictamente ejercicio del derecho de huelga. Si el trabajador puede rehusar su prestación porque el propio contrato lo faculta para ello, entonces tiene la intención de ejercer presión sobre el empleador para obtener el cumplimiento de algo que por el contrato le corresponde, pero no para reivindicar una modificación de este contrato o algún otro comportamiento del empleador al cual éste no está contractualmente obligado — como ocurre en los supuestos de huelgas política y de simpatía o solidaridad —. Krotoschin apunta un detalle fundamental para establecer en la práctica una clara distinción entre ambos institutos: la intención de ejercer el derecho de retención, y no de declararse en huelga, podrá inferirse normalmente del hecho de que el trabajador al mismo tiempo reclame el pago de salarios, cosa que no procede durante el ejercicio del derecho colectivo, salvo excepcionalmente, según se explicará más abajo en este capítulo.<sup>9</sup>

Esta diferença entre greve na defesa de direitos e greve deflagrada em casos de disputa de interesses importa para melhor compreender a questão que se tem em baila, especialmente porque ora se espanca a dicotomia no Brasil. Enquanto a distinção influencia na caracterização da greve como legal ou ilegal e, portanto, para que os salários do tempo de paralisação sejam pagos ou não, a realidade jurídica e teórica brasileira é incompatível com a legislação e a jurisprudência dos países que adotam referida distinção.

#### 4. Pautas legais também motivam greves no Brasil

Quando se fala em **greves**, comumente se pensa que elas são deflagradas apenas como mecanismos para pressionar os empregadores a negociar as pautas de acordos ou convenções coletivas de trabalho,

---

<sup>9</sup> Justo López e Ramirez Bosco, *apud* GARCÍA, Héctor Omar. El derecho de huelga, p. 84-85. Texto extraído e aumentado do capítulo “Derecho de huelga”, do *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, dirigido por Julio C. Simon e coordenado por Leonardo Ambesi, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2012, tomo II.

nos períodos próprios das datas-bases. E, de fato, a legislação de vários países faz esta consideração, sendo acompanhada pela doutrina estrangeira e, vez por outra, nacional, conforme será visto mais à frente, neste mesmo estudo. Daí a discussão sobre sua natureza, se as greves constituem movimentos de autodefesa coletiva, se funcionam como aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, se são instrumentos de pressão coletiva sobre os empregadores etc. E cada uma destas discussões leva a qualificá-las como legais/ilegais, lícitas/ilícitas ou legítimas, ilegítimas, abusivas, ou se podem ser admitidas para a defesa de direitos ou, apenas, de reivindicação de interesses coletivos.

Na verdade, há várias motivações para a deflagração da greve e os fatores mudam de acordo com os referenciais metodológicos que eventual pesquisa possa identificar, valendo citar aspectos econômicos, momentos históricos ou políticos (v.g., períodos eleitorais), a natureza dos sindicatos (públicos ou privados), o tipo de categoria, componentes ideológicos etc. Demais disso, o desenvolvimento das greves se dá de diversas formas, algumas sendo pacatas, outras com ânimos mais atizados, de curta duração ou mais demoradas etc., sem contar a multiplicidade de estratégias que comportam.

No Brasil, há anos o **setor público** vem registrando maior número de greves do que no **setor privado**, o que se explica por fatores como a estabilidade dos servidores públicos, o maior índice de sucesso das paralisações perante a Administração Pública, o impacto dessas greves no campo político – podendo influenciar nas eleições governamentais, sobretudo municipais – , o menor índice de retaliação aos grevistas etc. Em épocas de crises econômicas, quando as empresas se recusam a conceder reajustes salariais ou a concordarem com cláusulas econômicas, bem ainda por ser momentos de rescisões contratuais em massa, dispensas sem pagamento integral das verbas rescisórias etc., as greves tendem a aumentar em número no setor privado. As paralisações são utilizadas, no Brasil, em **ambos os setores**, também, em face de descumprimento de obrigações trabalhistas, como atrasos salariais, não pagamento de “vales” e de 13º salários, falta de recolhimento de encargos sociais e exigência de sobrejornada, por exemplo. No **setor público**, constitui pauta frequente a ausência de plano de

carreira e de políticas de equiparação salarial entre Secretarias, além de descumprimento de legislação específica de cada carreira ou das normas que tratam do regime de ascensão funcional. Embora algumas pautas inerentes ao setor privado não se acomodem ao setor público (ex.: resistência a dispensa em massa, pretensão de cesta básica), as reivindicações por melhores salários são comuns nas paralisações de servidores públicos e de trabalhadores do setor privado.

Em **2017**, segundo dados levantados pelo DIEESE-Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos,<sup>10</sup> 54% das greves duraram apenas um dia, sendo que os atrasos de verbas salariais estiveram na pauta de 44% das greves, constituindo-se na principal reivindicação desse ano. A reivindicação por reajustes nos pisos e salários representou a causa de 32% das paralisações. E que 78% das greves apresentaram algum êxito em suas reivindicações. As greves de advertência foram computadas em 35% (544, em números absolutos) de todas as greves analisadas. O DIEESE caracteriza como greves de advertência *“as que têm como estratégia o anúncio antecipado de seu tempo de duração – com a definição, na ocasião em que são deflagradas, do momento em que são interrompidas”*; ou seja, são greves com tempo determinado.<sup>11</sup>

Em **2018**, novamente as greves continuaram em maior quantidade no funcionalismo público (718), comparativamente ao setor privado (655) e empresas estatais (73), num total de 1.453 paralisações coletivas de trabalhadores. O DIEESE verificou que essas

---

<sup>10</sup> DIEESE, Balanço das greves de 2017, Estudos e Pesquisas nº 87, set 2018, in <https://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2017/estPesq87balancoGreves2017.html>, acesso 17.10.2020.

<sup>11</sup> A rigor, o conceito utilizado pelo DIEESE não é o mais aceito juridicamente nem o consagrado pela doutrina. *Greves de advertência*, na realidade, consistem em paralisações coletivas por algumas horas, com o objetivo de alertar o empregador de que uma paralisação maior será deflagrada, caso não sejam atendidas de logo as reivindicações dos trabalhadores. São *acenos*, que demonstram a disposição dos obreiros em deflagrarem o movimento paredista. Se as paralisações breves são intercaladas com momentos de labuta, o caso é de *greve de solução* (it. *sciopero a singhiozzo*).

greves tiveram caráter predominantemente “defensivo”, em face do cenário econômico, além de queda na participação de terceirizados nesses movimentos. Para o referido instituto, *“as greves denominadas defensivas são as que se caracterizam pela defesa de condições de trabalho vigentes, pelo respeito a condições mínimas de trabalho, saúde e segurança ou contra o descumprimento de direitos estabelecidos em acordo, convenção coletiva ou legislação. Paralisações que visam ao atendimento de reivindicações que ultrapassam o âmbito das relações de trabalho são classificadas como greves de protesto”*. Entre as motivações das greves, o DIEESE constatou que a regularização de pagamentos em atraso (salários, férias, 13º ou vale salarial), com índice de 37,9%, e a reivindicação por reajuste de salários e pisos (37%) foram as principais reivindicações das greves em 2018. Condições de trabalho, segurança e higiene apresentaram percentual de 19,8%. Do total das greves, 56% terminaram no mesmo dia de sua deflagração, enquanto 13% alongaram-se por mais de 10 dias. Interessa observar que 38% foram greves de advertência (556). Registrou o DIEESE, ainda, que 76% das greves apresentaram algum êxito em suas reivindicações.<sup>12</sup>

Esses dados do DIEESE não se distanciam de estudos anteriores referentes às motivações das greves em anos precedentes nem ao que este articulista tem constatado ao longo de sua vivência por mais de 20 anos lidando com tais manifestações coletivas. Deveras, a utilização de greves para **reivindicar direitos assegurados pelo ordenamento** (salários, vales, férias, recolhimento de FGTS, cumprimento de normas de proteção ao trabalho, por exemplo) ocupa espaço muitas vezes predominante sobre as razões típicas de **negociação coletiva** (reivindicação por melhores condições de trabalho e de salário, cláusulas coletivas). Esta identificação é fundamental para o presente estudo.

Estabelecer como regra a dedutibilidade salarial, nas greves, é desconhecer as razões que levaram à sua deflagração. Segundo os

---

<sup>12</sup> DIEESE, Balanço das greves de 2018, Estudos e Pesquisas nº 89, set 2019, in <https://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2018/estPesq89balancoGreves2018.html>, acesso 17.10.2020.

dados fornecidos pelo DIEESE, apresentados neste estudo, a maioria das greves no Brasil não são motivadas por disputas de interesses negociais; mas, sim, na defesa de direitos legal ou contratualmente estabelecidos. Logo, a lógica de que a regra deva ser o desconto salarial está invertida, pois torna genérica a consequência do que, na prática, é minoritário.

## 5. As causas da greve, conforme a conduta e os propósitos dos interlocutores

Conforme os motivos que levaram à deflagração da greve, os dias parados poderão ou não ser remunerados. Então, importa perscrutar tais razões.

A greve é a expressão indubitosa de um conflito trabalhista, até então latente ou sob processos negociais. A situação conflituosa que a provoca normalmente é de cunho coletivo. Porém, um fato individual de grande repercussão pode *ativá-la*, como a retaliação empresarial a determinado líder sindical – então, o que era individual se transforma em **sentimento coletivo**. E, entre serem coletivas ou individuais, há muitas razões na origem das greves. Afinal, que tipo de conflito será que provocara a eclosão de determinada greve, concretamente?<sup>13</sup>

Há muitas dificuldades e riscos na deflagração de uma greve pela categoria. Custos elevados, grande trabalho de política sindical, probabilidade de retaliações e perdas de emprego, riscos no sucesso,

---

<sup>13</sup> Arturo Martinez y Gonzalez tece comentários sucintos sobre os diversos tipos de conflitos trabalhistas, apontando os mecanismos mais usuais de sua resolução, especialmente no campo do Direito Coletivo, ao tempo em que indica as consequências pela insubmissão à arbitragem, no Direito mexicano. Suas considerações são importantes, a fim de se compreender que os conflitos decorrentes do descumprimento de lei ou contrato, naquele país, também são frequentemente resolvidos nas instâncias de arbitragem, mesmo que elas não tenham plena liberdade perante o Executivo. E que, de fato, há várias razões motivadoras dos conflitos trabalhistas, que podem assumir proporções indesejáveis (GONZALEZ, Arturo Martinez y. Los conflictos de trabajo y la insumisión al arbitraje. *Revista do TST*, Brasília, vol. 68, n° 1, jan/mar 2002, p. 27-40).

antipatia da população etc.<sup>14</sup>

Em face de tantas inconveniências e riscos, a greve é, de fato, o último recurso a ser utilizado pelos trabalhadores, como bem observa a legislação de regência, ao exigir o esgotamento da via negocial ou arbitral (art. 3º, Lei nº 7.783/89). Mas, em certas circunstâncias, não resta outro caminho senão deflagrar a parede, em qualquer de suas modalidades, o que decorre do juízo de conveniência e de estratégia dos trabalhadores e da diretoria sindical (art. 9º, CF). Deveras, as greves não são iguais, porquanto algumas são extremamente ordeiras, outras apresentam condutas irascíveis ou intermediárias; outras são gerais, enquanto existem as parciais ou setoriais. Por isso, as greves recebem várias classificações (greve ambiental, greve solidária, greve selvagem, greve de sabotagem, de zelo, ultra legal, de solução etc.).

Não obstante, existem fatores determinantes para os descontos dos dias parados, pertinentes aos motivos que levaram à paralisação coletiva. Se as razões da greve não são iguais, a regra que possibilita o desconto salarial não deverá ser genérica nem abranger todas as situações de paralisação coletiva. Para tal averiguação, importa considerar, entre outros fatores, as condutas da empresa e dos trabalhadores (e de seu sindicato), as condições laborais e econômicas, os motivos que dispararam a paralisação. Não apenas a conduta verificada durante a paralisação propriamente dita, mas, também, a anterior a ela, a que causou o *animus* e a disposição paredistas. Vale dizer, descortinar o véu que encobre o real conflito em sua essência, buscando a causa que originou o *animus* coletivo à paralisação.

Sob o ponto de vista das razões<sup>15</sup> que motivam a greve, no referente à conduta do **empregador**, há vários *gatilhos* que podem disparar a paralisação coletiva. Vejamos alguns:

---

<sup>14</sup> A constatação das dificuldades e da indesejabilidade da greve levou este articulista a escrever o livro *Greve: um direito antipático*. Fortaleza: Premium, 2014, passim. Nessa obra, entre outros aspectos, o autor analisa os fatos anteriores à paralisação coletiva e as dificuldades na deflagração de uma greve.

<sup>15</sup> Amauri Mascaro Nascimento chama de “causas” da greve, classificando-as em

- a) Pode ser que **o empregador (*lato sensu*) esteja descumprindo a legislação, em prejuízo dos trabalhadores**. É o que se dá quando o empregador, reiteradamente, não paga os salários em dia ou não recolhe os encargos sociais, não observa as normas regulamentares sobre proteção à saúde e segurança dos trabalhadores, deixa de conceder férias, contrata na informalidade ou, enfim, viola disposições legais cogentes;
- b) Em situações cuja **conduta da empresa implique descumprimento de cláusulas coletivas em vigor**. Vale dizer, a paralisação tem por móvel compelir o empregador a cumprir o instrumento coletivo de trabalho ainda vigente, porquanto já houvera a fixação de direitos em cláusulas negociadas. Cabia à empresa cumpri-las;<sup>16</sup>
- c) Quando **o empregador ou sua entidade sindical se recusa a atender as reivindicações dos trabalhadores**, nas pautas de negociação coletiva, em se tratando de direitos não previstos expressamente na legislação. É o que ocorre nos casos de discordância do empregador ou de seu sindicato às reivindicações que almejem novas conquistas sociais ou a manutenção de cláusulas negociadas anteriormente. Trata-se de debate sobre direitos não assegurados legalmente;

---

*materiais, formais e finais*. Causa *material*, para o autor, é a paralisação ou diminuição do trabalho de forma coletiva pelos trabalhadores. *Final* é a causa fundada na concertação, na combinação de vontades ou interesses dos trabalhadores em se unirem numa ação conjunta. Causa *formal* é a observância ao procedimento legal e estatutário para deflagração da greve (NASCIMENTO, A.M. *Compêndio de Direito Sindical*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 436-438). Esta classificação, porém, não atende à finalidade do presente estudo, que investiga as *motivações e justificativas* materiais para a deflagração do movimento paredista.

<sup>16</sup> Como demonstrado neste estudo, a paralisação por este motivo não é permitida em alguns países, ao passo que, mesmo no Brasil, há de se verificar se o instrumento coletivo de trabalho estabelece cláusula de paz ou obrigue, nestes casos, o sindicato profissional e a representação patronal a se submeterem a mesas prévias de autocomposição. Existindo cláusula coletiva deste teor, a deflagração de greve que a desconsidere é tida por ilegal ou abusiva. Sendo assim, somente após a recusa patronal ou o insucesso da autocomposição é que a greve será permitida.

- d) Quando o empregador ou a entidade empresarial se recusa a participar da negociação, isto é, não concorda sequer em iniciar as tratativas negociais com o sindicato obreiro, o que importa, na verdade, em prática desleal. Esta é uma conduta que antecede às tratativas negociais, pois a empresa não concorda nem mesmo em iniciar o diálogo coletivo.

O descumprimento de cláusula(s) individuais do contrato não justifica a paralisação coletiva, a não ser que o somatório do que seja individual, posto replicado em vários trabalhadores e de causa e autoria idênticas, assuma feição metaindividual.

Porém, se o sindicato e, de resto, a categoria forem impulsionados à greve em virtude do comportamento da empresa, é necessário verificar qual terá sido esta motivação e se, de fato, ocorrera alguma contribuição do empregador, bem ainda se a conduta empresarial era censurável. De fato, há situações que excepcionam regras genéricas e impõem ao hermeneuta flexibilizar o rigor da lei. É o que ocorre, por exemplo, com a greve ambiental, na qual os trabalhadores defendem o cumprimento de regras de segurança e saúde do trabalho, em face da empresa que as viola.

A greve ambiental tem merecido tratamento especial pelo TST, o qual vem flexibilizando os requisitos procedimentais previstos na Lei nº 7.783/89, sobretudo quanto ao dever de comunicar a empresa, ante a urgência na preservação da saúde e na prevenção de acidentes. Em um dos julgados da Corte, a Ministra Katia Magalhães Arruda, ao julgar recurso sobre a matéria, esclareceu que *“para a análise dos requisitos de validade da greve ambiental devem ser considerados dois tipos de situação: os riscos comuns, em que os trabalhadores reivindicam melhores condições de trabalho, e os riscos incomuns, graves e iminentes, em que o risco para a saúde, integridade física e para a vida do trabalhador é imediato – e somente no segundo caso poderiam ser dispensados os requisitos da Lei 7.783/89.”*<sup>17</sup>

<sup>17</sup> TST/SDC, RO-1001747-35.2013.5.02.0000, Min. Kátia Magalhães, j. 15.05.2017. Em outro julgado, verifica-se o mesmo comando: *“Predomina nesta Corte o*

Portanto, se a paralisação é legítima, causada por atitude reprovável da empresa, que violara obrigação legal ou contratual (o instrumento coletivo de trabalho é modalidade de contrato), não é razoável descontar dos trabalhadores os dias em que estavam na peleja para que o empregador cumprisse o objeto obrigacional. Na verdade, seria um contrassenso, haja vista a culpabilidade do empregador. Mauricio Godinho Delgado faz exatamente esta observação:

Entretanto, caso se trate de greve em função de não cumprimento de *cláusulas contratuais relevantes* e *regras legais* pela empresa (não pagamento ou atrasos reiterados de salários, más condições ambientais, com risco à higidez dos obreiros, etc.), pode-se falar na aplicação da regra genérica da *exceção do contrato não cumprido*. Neste caso, seria cabível se enquadrar como mera interrupção o período de duração do movimento paredista — a teor do sugerido pelo jurista *Márcio Túlio Viana*.

O enquadramento suspensivo da greve não é, contudo, rigoroso, podendo ser modificado. A própria Lei n. 7.783, a propósito, deixa antever essa possibilidade (que é comum, na prática juslaboral). Assim, o instrumento normativo regente do final do movimento pode convolar em simples interrupção da prestação laborativa — ou vantagem próxima — o lapso temporal inicialmente enquadrado como suspensão (art. 7º, Lei n. 7.783/89).<sup>18</sup>

---

entendimento de que a greve configura a suspensão do contrato de trabalho, e, por isso, como regra geral, não é devido o pagamento dos dias de paralisação, exceto quando a questão é negociada entre as partes ou em situações excepcionais, como na paralisação motivada por descumprimento de instrumento normativo coletivo vigente, não pagamento de salários e más-condições de trabalho” (TST/SDC, RO 10252-59.2013.5.01.0000, Min. Kátia Magalhães, publ. 13.11.2015).”

É possível responsabilizar o Estado-Juiz no caso de erro grosseiro, quando determina o retorno de trabalhadores a atividades perigosas ou insalubres sem o cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho. A responsabilidade do Estado por erro judiciário encontra previsão no art. 5º, LXXV, CF, e no art. 37, § 6º, CF, e é tema abordado em LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Lei de greve anotada: Lei nº 7.783/89*. São Paulo: LTr, 2018, p. 50.

<sup>18</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1708. O mesmo autor anota, em rodapé: “Tratando-se de descumprimento de dispositivo de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a jurisprudência do TST

Diferente é a situação em que a greve cumpra o propósito de **pressionar o empregador** a firmar determinada cláusula na negociação coletiva de trabalho em trâmite. Note-se que, neste exemplo, não há direito previamente assegurado nem lei anterior estabelecida. Tampouco há garantia prevista contratualmente. Trata-se de reivindicação por parte dos trabalhadores, no visio de conquistar benefícios; são direitos em construção, ainda em fase de debates; ou cuja renovação se pretenda. O empregador, portanto, não está violando nenhuma lei ou cláusula contratual ao resistir à reivindicação ou, ainda, ao não aceitar os termos propostos. Embora se reconheça o cabimento da greve, enquanto instrumento de pressão laboral – e, conseqüentemente, ela não possa ser considerada ilegal nem ilegítima, salvo vício procedimental –, é fato que não se pode transferir para o empregador o ônus de suportar os dias de paralisação. Não haverá justa causa na conduta dos trabalhadores, mas, por outro lado, a suspensão das atividades não pode ser remunerada, exceto se houver acordo, decisão arbitral ou judicial em sentido contrário.

Mas, como saber se a greve foi ilegal ou ilegítima? Inicialmente, cumpre esclarecer que esta qualificação não é dada pela empresa, mas, sim, pelo Judiciário, o que exige prévia instauração do dissídio de greve.<sup>19</sup> Com a Constituição de 1988, o Presidente do Tribunal não pode mais instaurar instância *ex officio*, pelo que resta incompatível com a Lei Magna, neste ponto, o art. 856, da CLT. A demanda pode ser promovida pela entidade ou empresa interessada e, nos limites do art. 114, § 3º, CF, pelo Ministério Público do Trabalho.

---

já chegou a considerar inválida a greve, ao fundamento de haver na ordem jurídica *ação de cumprimento* (antiga OJ n. 1, da SDC/TST — cancelada em maio de 2004). Tal interpretação encontra-se, hoje, superada; de todo modo, entrava em choque com texto explícito e mais favorável da Lei de Greve (art. 14, parágrafo único, I, Lei n. 7.783/89)" (*ibidem*, p. 1708). Godinho refere-se ao artigo de Márcio Túlio Viana, *Conflitos coletivos do trabalho*, Brasília-Porto Alegre: Síntese, *Revista do TST*, vol. 66, nº 1, jan-mar, 2000, p. 131, item 9.8.

<sup>19</sup> Em caso no qual o Dissídio Coletivo de Abusividade de Greve fora extinto sem resolução de mérito, o TRT-22ª Região interpretou que não seriam cabíveis os descontos salariais, já que não houvera declaração de abusividade da paralisação: RO 655-09.2012.5.22.0003, Des. Arnaldo Boson, j. 22.01.2014.

Note-se bem: greve legal ou legítima não é sinônimo de que o empregador deva pagar os salários, pois é perfeitamente factível que os trabalhadores deflagrem paralisação sem que o empregador tenha violado direitos sociais ou descumprido obrigações contratuais. O caso típico é o de paralisação coletiva tendo por finalidade novas condições de trabalho ou a manutenção de cláusulas não asseguradas na legislação. É direito e faculdade do empregador não concordar com a pauta de reivindicação dos trabalhadores, sem que isto constitua qualquer ilegalidade empresarial. Mas se o empregador se recusa a dialogar com o sindicato, não aceitando sequer ouvir e discutir a pauta de reivindicação, comete prática desleal e, portanto, pode atrair para si a responsabilidade em pagar os salários dos dias parados, no todo ou em parte. Nesta situação, o juízo de equidade determinará qual a solução mais justa e apropriada, diante dos detalhes nela encontrados. É a inteligência do verbete nº 949 da Recopilação do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, *litteris*:

“949. A falta de resposta a uma lista de pedidos pode ser considerada uma prática desleal, contrária ao princípio da boa-fé na negociação coletiva, que pode levar a determinadas sanções previstas na legislação, mas sem a obrigação legal do empregador de pagar pelos dias de greve. que é uma questão que deve ser deixada para as partes interessadas” (CLS, *Recopilação*, 2018).

Mas, por outro lado, se o conflito for submetido ao crivo do Judiciário, em dissídio coletivo, e o tribunal rejeitar as reivindicações dos trabalhadores, no todo ou em parte, isso não significa, necessariamente, que a greve estava ilegal ou fora exercida de forma abusiva. Trata-se de mais um caso para aplicação da equidade. Atentos a esta questão Ivan Alves e Tostes Malta advertiam assim:

“... devemos dizer que o fato de as reivindicações dos empregados serem totalmente repudiadas pela Justiça não torna a greve ilícita; desde que tenham sido cumpridas as formalidades da lei e os empregados voltem ao serviço após o pronunciamento desfavorável da Justiça do Trabalho, a greve terá sido legal e a participação dos trabalhadores na mesma

não poderá autorizar a sua dispensa.”<sup>20</sup>

Para a OIT, *“a dedução salarial pelos dias de greve só deve ser aplicada aos trabalhadores que participaram de uma greve ou ação de protesto”* (verbete nº 950, da Recopilação do CLS, 2018). Outros verbetes sobre o tema são os seguintes:

“942. O desconto salarial dos dias de greve não cria objeções do ponto de vista dos princípios da liberdade sindical.

943. A imposição de sanções adicionais, como os descontos salariais superiores ao montante correspondente aos dias de greve, constitui, neste caso, uma sanção por exercer uma greve legítima.”

Em razão das tantas variáveis que se encontram na origem das greves e em razão de, na maioria das vezes, na experiência brasileira, ser deflagradas com o objetivo de pressionar os patrões a cumprirem a lei ou o contrato, a regra não pode ser a dos descontos salariais pelos dias de greve. Tal raciocínio inverte a lógica das coisas.

## 6. Direito Comparado do Trabalho

O salário é contraprestação ao trabalho realizado, considerando o sinalagma que caracteriza a avença laboral. Esta é a principiologia estruturante da relação trabalhista, o núcleo do contrato de trabalho. Sem trabalho, não há pagamento. Mas também é computada, para estes efeitos, a disposição da força de trabalho pelo empregado ao seu empregador, tenha ocorrido ou não, efetivamente, a prestação do serviço. É o “tempo à disposição”. Inserem-se, ainda, os períodos de afastamento do empregado nas licenças médicas e em outros casos previstos em lei ou no contrato, individual ou coletivo. O fundamento

---

<sup>20</sup> ALVES, Ivan D. Rodrigues; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Teoria e prática do Direito do Trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1988, p. 617.

é ora a alteridade (os riscos do empreendimento correm por conta do empregador), ora o interesse social (regras de previdência) e, ora, a autonomia da vontade das partes.

Relembrar este primado sinalagmático é importante para a compreensão de parte considerável da doutrina e da jurisprudência ao interpretarem a suspensão do pagamento dos salários dos grevistas como consequência natural da ausência de prestação do serviço contratado. Na lógica linear: o grevista não trabalha; logo, não é remunerado. No Direito Comparado, este mesmo raciocínio também é aplicado, conquanto se perceba que, em alguns casos, em determinados ordenamentos e em certos tribunais, outras interpretações também sejam feitas. Por vezes, a legislação trata deste ponto; noutras, a jurisprudência colmata a lacuna.

Na **Argentina**, por exemplo, onde a instância negocial pela autoridade pública administrativa é obrigatória, se as partes não chegarem a acordo entre si, reconhece-se a possibilidade do desconto salarial pelos dias de greve, mas com matizes de exceção,<sup>21</sup> a ser observados nos casos de culpabilidade da empresa. É o que se retira deste julgado:

“...En el caso de la huelga el trabajador no pone su capacidad laboral a disposición de la otra parte, por lo cual, aunque no hay incumplimiento, no existe la obligación de abonar la remuneración que corresponde como contraprestación por aquel hecho”. “... En tanto la obligación de trabajar y la de remunerar el trabajo están unidas por un vínculo de causalidad recíproca, el no cumplimiento (si bien justificado) de la prestación del servicio determina, a su vez, la inexigibilidad de la obligación de remunerarlo. Como el salario se gana cumpliendo con el deber de prestar servicios, al abstenerse no genera derecho al salario”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Enrique Caviglia, Los efectos de la huelga sobre el salario, in <https://www.cronista.com/fiscal/Los-efectos-de-la-huelga-sobre-el-salario-20170612-0013.html>, acessado em 03.11.2020.

<sup>22</sup> TS. Santa Cruz. 2013/02/18. APAP. La Heras c. Municipalidad. *Revista Derecho del Trabajo*. Ed. La Ley. Bs.As. Septiembre 2013. Nº 09. pag. 2225. *Apud* BIAGATTI, Roberto Luis. Pago de los salarios durante los días de huelga. *Revista eletrónica del*

Julián Artudo de Diego confirma esta realidade jurídica na Argentina, a propósito dos efeitos da greve, enfocando a exceção ao julgado paradigma. Reconhece que a situação ordinária, aos grevistas, é o não pagamento dos salários. Mas que, em casos excepcionais, nos quais a greve tenha origem no descumprimento grave de um dever essencial do empregador, o Judiciário admite a possibilidade de se abonarem as faltas, “como fue el caso de adeudar três meses de sueldo.”<sup>23</sup>

Na **Espanha**, a previsão legal é de desconto pelos dias de paralisação. Porém, a jurisprudência realizou várias considerações sobre o alcance desses descontos. Raquel Poquet Calcalá explica que

“Tal y como establece el artículo 6.2 RDLRT, el ejercicio del derecho de huelga legal produce el efecto de suspender el contrato de trabajo con exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Concretamente, dicho precepto señala que ‘durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario’. Asimismo, el artículo 45 ET indica que el contrato de trabajo se suspende durante el ‘ejercicio del derecho de huelga’, quedando exoneradas las partes ‘de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo’. Esta formulación tan escueta, no soluciona toda la problemática planteada en torno a los conceptos salariales descontables, la forma de practicar los descuentos, ni su incidencia sobre los días de descanso, ni tampoco la afectación en los supuestos de realización de servicios mínimos.”<sup>24</sup>

Explicando a construção jurisprudencial espanhola sobre os reflexos dos descontos, Cristino Martos aduz uma série de direitos de natureza salarial sobre os quais não incidem os descontos. Em face da riqueza do detalhamento jurisprudencial, convém transcrevê-lo:

---

*Departamento de Ciencias Sociales UNLu, nº 02, 2014, p. 94-104.*

<sup>23</sup> DIEGO, Julián Arturo de. *Manual de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 5ª ed. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 817.

<sup>24</sup> CATALÁ, Raquel Poquet. Servicios mínimos y retribución salarial, ¿aspecto no resuelto?, *IUSLabor* 2/2019, p. 68, in <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/4.+Poquet.pdf/c3e8bee6-925c-306e-2f26-dd77fb7aff65>, acessado em 20.10.2020.

## 1. Trabajadores del Sector privado

El ejercicio legal del derecho constitucional de huelga es causa de suspensión del contrato de trabajo y exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo ? artículo 45.1,1) del Estatuto y art. 6 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo.

Para el cálculo del descuento salarial que procede no existe una fórmula expresamente recogida en la Ley (como ocurre con los funcionarios) pero sí una jurisprudencia muy consolidada que contempla toda una casuística en la materia.

El sistema de descuentos salariales ajustado a Derecho se caracteriza por lo siguiente:

a) La retribución a descontar por cada día de huelga comprende el salario de la jornada (o parte) no trabajada y determinados conceptos de salario diferido? (STS 24.1.94).

b) Dentro de estos conceptos figuran la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias y la parte proporcional correspondiente a la retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga o a la semana en que se haya realizado el paro (no otros) (SSTS 26 de mayo de 1.992, 22 de enero de 1.993, 24 de enero de 1.994, 18 de abril de 1.994). Las pagas de beneficios (si se perciben) deben ser asimiladas a las gratificaciones extraordinarias a los efectos de descuento retributivo (STS 18 de abril de 1.994).

c) En relación con las pagas extraordinarias, el empresario no está autorizado a anticipar descuentos futuros por un pago salarial que no se ha anticipado (STS 26 de mayo de 1.992). Esto supone que el descuento correspondiente a dichas gratificaciones extraordinarias debe efectuarse al tiempo del abono de éstas y no antes. El descuento salarial proporcional por huelga no repercute, en cambio, sobre los siguientes conceptos:

- Vacaciones. La huelga legal no restringe el derecho íntegro a las vacaciones y a su retribución (STCT de 15 de marzo de 1988; STS. 4ª de 11 de octubre de 1994). No caben descuentos que afecten a dicho concepto de una u otra forma.

- Tampoco puede repercutir, salvo que se comprendan dentro del período de huelga, en la retribución de los días festivos. Éstos tienen como fundamento la celebración de festividades religiosas o civiles, sin relación con el descanso que es debido al trabajo, por lo que por tales días no procede deducción (STS 24 enero 1994 y 11 de febrero de 1.997).

- No procede efectuar descuentos en los premios a la asiduidad o en los pluses o incentivos de asistencia, dado que la ausencia por el ejercicio del derecho de huelga no puede computarse como una falta laboral de asistencia al trabajo, cuando no se incluyen expresamente en lo convenido ( SSTS de 10 de diciembre de 1.993 y 5 de mayo de 1997). En todo caso el descuento debe ser proporcional al período de duración de la huelga.
- Por las mismas razones, los días de huelga no se computan a efectos de calcular la prima de absentismo, salvo que se haya pactado lo contrario en el convenio colectivo (STS 1 de diciembre de 1998).
- Determinados conceptos extrasalariales (STCT de 4 de noviembre de 1982, 29 de septiembre de 1983 y 26 de diciembre de 1983, entre otras). La ausencia por huelga es un derecho y no una falta y no cabe incluir el plus en los renglones a deducir por la huelga?. Esta sentencia mencionada hace referencia a un plus de formación profesional establecido en convenio.

## **2. Régimen de descuentos para los Empleados Públicos**

- Al personal laboral al servicio de las distintas Administraciones Públicas y empresas públicas se le aplican con carácter general los mismos criterios antes expuestos.
- En cuanto a los funcionarios públicos, éstos tampoco devengan las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan ejercido el derecho de huelga ¿sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales?, como dispone la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/84, de 2 de agosto.

Este precepto establece que la fórmula para calcular el descuento es la misma que se aplica para el caso de no realizarse la jornada reglamentaria y que se recoge en el artículo 102.2 de la Ley 13/96: ...?para el cálculo del valor hora aplicable en dicha deducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funcionario dividida entre el número de días naturales del correspondiente mes y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día.

La deducción por ausencia del trabajo con motivo de la huelga no podrá exceder, por tanto, del resultado de aplicar la anterior fórmula al período en el que se ejercita dicho derecho (STS, Sala tercera, RJ

19962750).<sup>25</sup>

A lógica de que a regra seja o desconto salarial pelos dias de greve para ser invertida no **Ecuador**. Marcelo Robalino inicia esclarecendo que a remuneração integral é devida, exceto nos casos que menciona. Note-se de seus esclarecimentos:

“Los trabajadores tendrán derecho a cobrar su remuneración íntegra correspondiente al período de la huelga, excepto en los siguientes casos: por resolución unánime del Tribunal; por rechazo total del Pliego de Peticiones, declarado en el fallo; y, si la huelga se declara fuera de los casos permitidos por la Ley. En todos estos casos los Trabajadores no gozarán de la garantía de estabilidad. Terminada la huelga todos los Trabajadores se reintegrarán a sus labores y tendrán la garantía de estabilidad de un año, que se entenderá que forma parte del arreglo o fallo, aunque no se manifieste expresamente. Las relaciones laborales solo podrán darse por terminadas por solicitud del Visto Bueno. Se exceptúa el caso de huelga ilícita.

Producida la huelga, la Policía Nacional tomará las providencias necesarias para cuidar el orden, garantizar los derechos del Empleador y de los Trabajadores y prohibir el ingreso de agitadores o rompe huelgas.”<sup>26</sup>

Também na **Colômbia** o contrato de trabalho fica suspenso durante a greve, não havendo pagamento dos salários do período. Todavia, a jurisprudência faz ressalva quanto à culpa do empregador:

“Es posible imputar la huelga a la culpa del empleador, cuando ella se origina en una conducta antijurídica de éste, como sería

---

<sup>25</sup> MARTOS, Cristino. Criterios jurídicos sobre la huelga: Estudio del Gabinete Jurídico de CCOO sobre los aspectos jurídicos de la huelga, 18 jun 2002, in <http://www.ccoo.cat/fiteqa/faurecia/Informacion/LEGAL%20LABORAL/descuento%20por%20huelga.pdf>, acessado em 20.10.2020.

<sup>26</sup> ROBALINO, Marcelo. La huelga, in <https://www.derechoecuador.com/la-huelga>, nov 2005, acessado em 14.10.2020.

el incumplimiento de sus obligaciones o de los deberes legales, contractuales o convencionales, que son jurídicamente exigibles. La suspensión de los contratos de trabajo resultan inaplicables, toda vez que la conducta del empleador al incidir directamente en el origen del conflicto colectivo genera una clara responsabilidad, que justifica la reparación del perjuicio causado a los trabajadores, como consecuencia de la suspensión.<sup>27</sup>

A legislação da **Guatemala**, em seu Código de Trabalho, determina expressamente que, nas greves justas, os salários devem ser pagos e, para os que trabalharem durante a paralisação, receberam em dobro. A greve é considerada justa quando as razões que a motivaram forem imputáveis ao empregador, por descumprimento do contrato (individual ou coletivo) ou do instrumento coletivo de trabalho ou pela negativa injustificada do empregador em celebrá-lo ou de outorgar as melhoras econômicas que os trabalhadores peçam e que o patrão tenha condições de conceder. O texto está grafado assim:

#### **Huelga justa e injusta: definición**

**Artículo 242.** Es justa la huelga cuando los hechos que la motivan son imputables al patrono, por incumplimiento de los contratos individuales o colectivos de trabajo o del pacto colectivo de condiciones de trabajo o por la negativa injustificada a celebrar este último u otorgar las mejoras económicas que los trabajadores pidan y que el patrono esté en posibilidades de conceder. Es injusta la huelga cuando no concurre ninguno de estos motivos.

Si la huelga se declara justa, los Tribunales de Trabajo y Previsión Social deben condenar al patrono al pago de los salarios correspondientes a los días en que éstos hayan holgado. Los trabajadores que por la naturaleza de sus funciones deban laborar durante el tiempo que dure la huelga, tendrán derecho a salario doble.

Si la huelga legal se declara injusta, los trabajadores que hayan holgado no tendrán derecho a salario por el tempo que durare la huelga y los que hubieren laborado no tendrán derecho a salario doble.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional da República Colombiana, Sentencia C-1369/2000, Dr. Antonio Barrera Carbonell, julg. 11.10.2000.

<sup>28</sup> GUATEMALA, Ministerio de Trabajo y Previsión Social de la República de Guatemala.

No **Peru**, em julho/2019, a segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, ao lançar a sentença correspondente à Casación nº 7464-2018 Arequipa, concluiu que, se não há prestação de serviços laborais pelo trabalhador, tampouco existe obrigação do empregado de pagar a remuneração.<sup>29</sup> Ou seja, a Corte deixou patente o critério contraprestativo, na relação trabalho vs salário.

Na **Alemanha**, onde os funcionários públicos não podem fazer greve e não há lei específica sobre a paralisação coletiva de trabalho, também se adota o critério contraprestativo, sendo assegurado aos trabalhadores que laborarem durante a greve a remuneração respectiva. E se não trabalharam porque algum fato da greve os impedia, também é devida a remuneração dos dias parados. A jurisprudência alemã define a greve como uma paralisação da atividade laboral realizada de forma coletiva por um grupo de trabalhadores, sem aprovação do empregador, para melhorar ou preservar as condições laborais e econômicas.<sup>30</sup>

O direito **italiano** trata os dias parados nas greves como casos de suspensão do contrato (e não seu descumprimento), sendo proibida a ruptura contratual pelo empregador neste período. A legislação não regula a greve, embora a Ley 312/1980 (art. 171) preveja efeitos sancionais aos funcionários públicos. No mais, Miquel Porret Gelabert esclarece que as únicas regras de procedimento de prevenção dos conflitos são de natureza convencional (os acordos coletivos geralmente

---

Código de Trabajo, Decreto nº 1441, do Congresso da República da Guatemala. Edição de 2011. No preâmbulo, consta: "Para evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar o/a para marcar la existencia de ambos géneros, se opta por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a hombres y mujeres."

<sup>29</sup> EL PERUANO, Diario Oficial del Bicentenario 195 años. Precisan impacto en haberes por paralización de labores, in <https://elperuano.pe/noticia/81182-precisan-impacto-en-haberes-por-paralizacion-de-labores>, acessado em 10.10.2020.

<sup>30</sup> CEN-Confederação de Empresários de Navarra. Derecho de huelga, perspectiva comparada, in <http://www.cen7dias.es/BOLETINES/352/derechodehuelgaperspectivacomparada.pdf>, acessado em 16.11.2020.

se referem aos pontos conflitivos sobre a aplicação e interpretação dos instrumentos coletivos de trabalho) e, por outro lado, o da negociação ou renovação dos convênios coletivos; neste caso, prevê-se a fórmula do “esfriamento” (um tipo de *trégua coletiva*), durante a qual deve haver uma pausa, com a qual uma das partes está obrigada a se abster de greve e, a outra, do *lockout*.<sup>31</sup>

A legislação da **França** não define propriamente o que seja greve, mas a jurisprudência a entende como cessação concertada do trabalho ante uma pauta de reclamações ou reivindicações profissionais. A legislação regula a greve no serviço público, estabelecendo requisitos próprios. No setor privado, a jurisprudência é que vem interpretando e colmatando a matéria. Segundo estudos divulgados pela Confederação de Empresários de Navarra (CEN), o Tribunal Supremo só reconhece o direito à greve dos trabalhadores por conta alheia, excluindo de tal direito os estudantes, autônomos etc., o que não significa que não possam expressar-se de forma coletiva, senão que sua ação não se considere como uma manifestação de greve. A greve significa descumprimento contratual quando o trabalhador seja culpável de uma conduta considerada grave.<sup>32</sup> A greve não rompe o contrato, salvo culpa do assalariado, conforme o Código de Trabalho (art. 521.1), mas o contrato fica suspenso pelo período da paralisação. Segundo Miquel Porret Gelabert (p. 26),

La falta de regulación específica para el derecho de huelga en general ha llevado a la jurisdicción a pronunciarse y con ello a delimitar cuándo se tiene derecho a realizarla y cuando se tiene culpa. Pero estas expresiones “derecho a realizarla” y “tiene culpa” se hace bajo el prisma de la diferenciación entre aquellos movimientos (actuaciones) que constituyen un ejercicio normal del derecho de huelga; en el primer caso no susceptibles de sanciones y aquellos otros ilícitos que si pueden ser sancionados.

---

<sup>31</sup> GELABERT, Miquel Porret. La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados, in <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/44566/1/575487.pdf>, pág. 7, acessado em 15.11.2020.

<sup>32</sup> Ibidem.

Na **Rússia**, a legislação exige tantos requisitos para a deflagração de greve que é quase impossível aos sindicatos promover paralisação plenamente legal. Durante os dias parados, o empregador pode suspender os salários dos grevistas. Os trabalhadores que não participarem da greve e que, porém, não possam desenvolver com naturalidade sua labuta, receberão salários integrais, podendo o empregador transferi-los para outros setores da empresa.

No **Japão**, é destacada a valorização dos canais de negociação e dos instrumentos extrajudiciais de conflitos, do que resulta que o país nipônico apresenta uma das menores taxas de judicialização, à frente de países como Alemanha, Espanha, Portugal e outros países ocidentais. Uma das táticas utilizadas para as greves pelos sindicatos é convencer os trabalhadores a darem um dia ou mais de suas férias para a causa coletiva e, assim, pararem suas atividades. A engenhosidade se justifica, porque os dias de greve não são remunerados aos trabalhadores que a ela aderirem.

## 7. Considerações finais

Em face dos apontamentos colhidos a respeito do pagamento de salários em razão de greve, este estudo aponta para as seguintes conclusões:

- a) Por regra, os salários dos trabalhadores grevistas não são devidos em face da greve, eis que não houve prestação de serviços (critério contraprestativo, decorrente do sinalagma contratual). Esta tem sido a solução predominante no Brasil e em vários outros países, o que, todavia, não afasta a aplicação do critério da culpabilidade empresarial. De fato, tanto a legislação quanto a jurisprudência concluem que, se houver conduta empresarial causadora da greve, como a recusa em participar de mecanismos negociais e o descumprimento de obrigações trabalhistas, legais ou contratuais, os salários

deverão ser pagos, mesmo não tendo havido a prestação de serviços;

- b) Em qualquer hipótese, os trabalhadores que laboraram devem ser remunerados, eis que atendido o pressuposto do pagamento salarial, a labuta;
- c) No Brasil, como em outros países, são admitidas greves tanto para a defesa de direitos assegurados pela legislação ou pelo contrato, quanto no propósito de pressionar a classe patronal ou a(s) empresa(s) a aceitar os termos das reivindicações coletivas, ínsitas às negociações promovidas pelos sindicatos;
- d) Os requisitos para deflagração da greve podem ser relativizados, como no caso das greves ambientais, nas quais os trabalhadores paralisam as atividades com o propósito de compelir a empresa a cumprir regras de segurança e medicina do trabalho. Nesta hipótese específica, os trabalhadores ficam dispensados do prazo de comunicação à empresa e aos usuários dos serviços e, eventualmente, do esgotamento da via negocial, que basta haver iniciado;
- e) A autorização legal ou judicial para que haja o imediato corte de ponto, pelos dias não trabalhados, deve ser analisada com a prudência de não desequilibrar as forças negociais, dando prevalência a que os próprios interlocutores decidam como resolver a questão dos dias parados, normalmente ao final da greve.

À luz do pesquisado na elaboração deste artigo, tem-se que a jurisprudência brasileira ainda oscila na definição exata de critérios definidores dos dias parados decorrentes das greves. É possível avançar para avaliações mais críticas, pelas quais se possa extrair outros casos de culpabilidade empresarial, como os assédios nessas paralisações e a violência moral contra os trabalhadores (ameaças de retaliação, despedidas iminentes etc.).

## Referências

ALVES, Ivan D. Rodrigues; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Teoria e prática do Direito do Trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1988, p. 617.

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

CATALÁ, Raquel Poquet. Servicios mínimos y retribución salarial, ¿aspecto no resuelto?, *IUSLabor* 2/2019, p. 68, in <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/4.+Poquet.pdf/c3e8bee6-925c-306e-2f26-dd77fb7aff65>, acessado em 20.10.2020.

CAVIGLIA, Enrique. Los efectos de la huelga sobre el salario, in <https://www.cronista.com/fiscal/Los-efectos-de-la-huelga-sobre-el-salario-20170612-0013.html>, acessado em 03.11.2020.

CEN-Confederação de Empresários de Navarra. Derecho de huelga, perspectiva comparada, in <http://www.cen7dias.es/BOLETINES/352/derechodehuelgaperspectivacomparada.pdf>, acessado em 16.11.2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional da República Colombiana, Sentencia C-1369/2000, Dr. Antonio Barrera Carbonell, julg. 11.10.2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIEESE, Balanço das greves de 2017, Estudos e Pesquisas nº87, set 2018, in <https://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2017/estPesq87balancoGreves2017.html>, acesso 17.10.2020.

DIEESE, Balanço das greves de 2018, Estudos e Pesquisas nº89, set 2019, in <https://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2018/estPesq89balancoGreves2018.html>, acesso 17.10.2020.

DIEGO, Julián Arturo de. *Manual de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 5ª ed. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002.

EL PERUANO, Diario Oficial del Bicentenario 195 años. Precisan impacto en haberes por paralización de labores, in <https://elperuano.pe/noticia/81182-precisan-impacto-en-haberes-por-paralizacion-de-labores>, acessado em 10.10.2020.

GARCÍA, Héctor Omar. El derecho de huelga, p. 84-85. Texto extraído e aumentado do capítulo “Derecho de huelga”, do *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, dirigido por Julio C. Simon y coordinado por Leonardo Ambesi, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, tomo II.

GELABERT, Miquel Porret. La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados, in <http://diposit.ub.edu/dspace/>

[bitstream/2445/44566/1/575487.pdf](http://bitstream/2445/44566/1/575487.pdf), pág. 7, acessado em 15.11.2020.

GONZALEZ, Arturo Martinez y. Los conflictos de trabajo y la insumisión al arbitraje. *Revista do TST*, Brasília, vol. 68, nº 1, jan/mar 2002, p. 27-40.

GUATEMALA. Ministerio de Trabajo y Previsión Social de la República de Guatemala. Código de Trabajo, Decreto nº 1441, do Congresso da República da Guatemala. Edição de 2011.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Greve: um direito antipático (perspectiva humanística e crítica ao dogmatismo jurídico-econômico)*. Fortaleza: Premium, 2014.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Lei de greve anotada: Lei nº 7.783/89*. São Paulo: LTr, 2018.

MARTOS, Cristino. Criterios jurídicos sobre la huelga: Estudio del Gabinete Jurídico de CCOO sobre los aspectos jurídicos de la huelga, 18 jun 2002, in <http://www.ccoo.cat/fiteqa/faurecia/Informacion/LEGAL%20LABORAL/descuento%20por%20huelga.pdf>, acessado em 20.10.2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

ROBALINO, Marcelo. La huelga, in <https://www.derechoecuador.com/la-huelga>, nov 2005, acessado em 14.10.2020.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. Tradução: Edilson Alkmin Cunha. Revisão técnica: Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1995.

WASS, Bernd. La huelga como un derecho fundamental y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales de los ciudadanos, Informe General III.

# Capítulo 07

## TEORIA E PESQUISA EM HISTÓRIA E DIREITOS COMPARADOS

Francisco Ivo Dantas Cavalcanti<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo doutrinário aborda aspectos da teoria do Direito Comparado, incluindo conceitos básicos, métodos de pesquisa, fontes de pesquisa e análise de dados, tudo dentro do que se espera da cientificidade que o tema propõe. As diferentes categorias do método comparativo são expostas neste estudo, como forma de diferenciar termos e expressões semelhantes ao objeto deste estudo, como História Comparada, Direito Estrangeiro, Legislação Comparada etc. O cerne, porém, é a pesquisa em Direito Comparado, o que passa pelas fontes, como análise documental e classificação desta modalidade investigativa.

**Palavras-chave:** Direito Comparado. Método comparativo.

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito Constitucional (UFMG), Livre Docente em Direito Constitucional (UERJ), Livre Docente em Teoria do Estado (UFPE), Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas, Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado, Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas, Miembro del Instituto IberoAmericano de Derecho Constitucional (México), Miembro del Consejo Asesor del Anuario IberoAmericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC, Madrid), Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos, Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco, Membro do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas, Juiz do Trabalho (aposentado), Advogado e Parecerista.

## 1. Colocação inicial. Conceito de documento

A caracterização científica de um ramo do conhecimento dependerá, diretamente, do grau de sua *metodologia* e não da natureza de seu objeto,<sup>2</sup> razão pela qual se pode trazer à colação uma afirmativa feita por George Z. F. Bereday (*Método Comparado em Educação*)<sup>3</sup> e perfeitamente aplicável à *pesquisa em Direito Comparado*, servindo de ponto de partida para nosso raciocínio:

“Nos estudos comparativos primeiro se procede à justaposição, a um confronto preliminar dos dados de diferentes países com o objetivo de estabelecer o *tertium comparationis*, isto é, o critério com que pode ser feita uma válida comparação, e a hipótese para que deve ser feita. Finalmente, procede-se à comparação, isto é, à análise simultânea da educação além das fronteiras nacionais”.

Por este motivo, é que os estudos voltados para as *Técnicas de Pesquisa* são cada vez em maior número, nos cursos de Ciência Política, Sociologia, Economia e História, muito embora as Faculdades de Direito não se tenham dado conta da importância e da necessidade de ser criada uma disciplina que ensine a tratar, cientificamente, o objeto estudado.<sup>4</sup> Esta observação deve ser, de logo, completada por outra, ou seja, é preciso não confundir tais estudos com a disciplina *Metodologia do Trabalho Científico*, na qual se ensina a utilização das

---

<sup>2</sup> A pesquisa no Direito, escreve Luiz Antônio Soares Hentz na monografia *Indenização do Erro Judiciário* (São Paulo: Leud, 1995, p. 3), “é atividade propiciadora do desenvolvimento dos institutos jurídicos; a um só tempo permite o encontro de novas funções possíveis de serem atribuídas aos institutos, amoldando as necessidades modernas a antigas estruturas, e facilita a melhoria dos sistemas políticos em benefício de melhor conveniência entre os povos. Da pesquisa surgem inovações no mundo do Direito, mercê da evolução dos institutos jurídicos”.

<sup>3</sup> BEREDAY, George Z.F. *Método Comparado em Educação*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, p. 37.

<sup>4</sup> Veja-se Marcos Nobre e outros, *O Que é Pesquisa em Direito?* (São Paulo: Quartier Latin, 2005), no qual, dentre outros aspectos, está discutida a questão das relações entre Teoria e Prática nos Cursos de Bacharelado em Direito, bem como a dedicação exclusiva de seus professores, ou não. Ainda: Ciro Flamarion S. Cardoso, *Uma*

*Normas Técnicas* (ABNT) a serem utilizadas na redação de monografias, dissertações e teses.

No caso do Direito, mormente do *Direito Comparado*, por um lado, vale lembrar Ada Pellegrini Grinover (*O Crime Organizado no Sistema Italiano*)<sup>5</sup> ao escrever que

“é sempre arriscado e difícil para o estudioso descrever um sistema jurídico estrangeiro, em virtude das diferenças endógenas existentes entre os diversos ordenamentos e dos naturais obstáculos para captar com fidelidade o sentido e alcance de normas jurídicas que espelham outra cultura e promanam de valores sociais, econômicos e políticos distintos. Mas essa dificuldade, de ordem geral, é ainda acrescida quando se trata de examinar a resposta desordenada do legislador estrangeiro a instâncias urgentes das sociedades, levando à emanção de leis esparsas, às vezes contraditórias, que buscam dar solução, mediante um emaranhado de normas, a problemas contingentes ligados ao crime organizado”.<sup>6</sup>

Na perspectiva da denominada *Ciência Dogmática do Direito* (que não inclui, por exemplo, a *Sociologia do Direito*), a pesquisa quase nunca se utiliza dos trabalhos de campo, ficando em sua grande maioria baseada em *Documentos*, que aqui devem ser entendidos em sua conceituação ampla, ou seja, não se limitando apenas aos textos de

---

*Introdução à História* (São Paulo: Editora Brasiliense, 1981, pp. 72 e segs.), onde o autor analisa *Os Passos da Pesquisa Histórica*, e cujo raciocínio é perfeitamente aplicável para qualquer ramo do conhecimento. Igualmente, consulte-se Guy Thuillier y Jean Tulard, *Cómo Preparar un Trabajo de Historia - Métodos y Técnicas*. Barcelona: Oikos-Tau S.A, 1989; Edilenice Passos, *Informação Jurídica – Teoria e Prática*. Brasília: Thesaurus, 2004; Eduardo C.B. Bittar, *Metodologia da Pesquisa Jurídica – Teoria e Prática da monografia para os cursos de Direito*. 3ª edição revista, São Paulo: Editora Saraiva, 2003. O autor analisa a pesquisa, e não ABNT.

<sup>5</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano, in *Ensaio Jurídicos - O Direito em Revista*. Edição IBAJ, vol. 2, p. 298-317. O trecho transcrito encontra-se à p. 298.

<sup>6</sup> Idem. Embora a autora se refira ao crime organizado, a observação serve para qualquer tema, tanto no Direito Privado, quanto no Direito Público. Aliás, a dificuldade de coletar a legislação ocorre dentro do próprio sistema nacional, como é o caso brasileiro, nos dias atuais. Aqui, entretanto, em razão de algumas obras de compilação legislativa, às vezes, o trabalho fica diminuído, mas não eliminado.

lei até a consulta jurisprudencial e bibliográfica. Exatamente por isto, pode-se dizer que conhecer a denominada *Teoría da Fontes Históricas* é de grande valia, exatamente em razão da semelhança que ronda os dois campos da pesquisa.

Em livro intitulado *Metodología de la Ciencia del Derecho*<sup>7</sup>, Rafael Sánchez Vásquez escreve, com propriedade, que

“el proceso de la investigación científica en el ámbito jurídico, se auxilia generalmente de dos técnicas de investigación: por un lado, la documental, y por otro, la de campo. Dichas técnicas proporcionan las estrategias más adecuadas para el acopio de información de manera ordenada, sistemática y con la optimización de recursos materiales y humanos. Además, dichas técnicas juegan un papel importante para orientar el tipo de investigación que se pretende realizar. Es decir, la investigación jurídica dogmática, se distingue por realizar con mayor incidencia la técnica de investigación documental. En cambio, las investigaciones jurídicas de tipo realista o empírica, utilizan con mayor frecuencia la técnica de investigación de campo. Lo anterior, no significa que las investigaciones empíricas no se auxilien de la técnica de investigación documental. De ahí que sean llamadas también investigaciones jurídicas mixtas”.

Em seguida, desta feita com apoio em Ario Garza, escreve Sánchez Vásquez que

“la técnica de investigación documental se caracteriza: por el acopio de la información mediante la selección, lectura, anotación y crítica de los materiales que describimos al referirnos a las colecciones de las bibliotecas, libros, folletos, serie de publicaciones, documentos en sentido estricto, microformas y materiales similares”<sup>8</sup>.

Neste artigo, apesar de sabermos que existem Técnicas para a

---

<sup>7</sup> VÁSQUEZ, R. Sánchez. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, S/A, 1995, p. 83.

<sup>8</sup> Vásquez, ob. cit. p. 83. Bastante útil a leitura do 1º capítulo do livro de Vásquez, sobretudo, a partir do item 4, intitulado *Algunas consideraciones sobre la investigación científica*.

Pesquisa de Campo na Ciência do Direito, perfeitamente aplicáveis ao Direito Comparado, daremos maior destaque à análise da investigação documental e ao uso da Biblioteca,<sup>9</sup> indicando aos interessados a leitura de livros sobre Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.

Maurice Duverger no clássico livro *Ciência Política - Teoria e Método*<sup>10</sup> ao estudar os *métodos clássicos na análise de documentos* e após chamar a atenção de que “não se deve ter excesso de louvores nem indignação”<sup>11</sup> pelo processo, doutrina que “não existe um método de análise de documentos próprio à ciência política. De um modo geral, ela utiliza processos análogos ao da análise histórica, mais ou menos adaptados e completados”.

Apesar da observação antes feita com relação à Sociologia e à Antropologia Jurídicas, a lição de Duverger é completamente aplicável ao Direito Comparado, isto porque, se por um lado, é, sobretudo nas denominadas *fontes indiretas* que o comparatista buscará seu material de trabalho (no que, evidentemente, se diferenciará da Sociologia do Direito), por outro, não deverá ficar adstrito à simples análise documental, nesta se incluindo textos de leis, de Doutrina e de Jurisprudência, Anais do Poder Legislativo, Biografias, Jornais e até mesmo acervos particulares.

Por outro lado, e além dos limites da pesquisa documental, em nossa ciência, importantes recursos de pesquisa serão a *Entrevista* e a *Técnica de Observação* em suas diversas modalidades, enquanto que, no momento, nossas preocupações serão voltadas - como foi dito - , apenas e tão-somente, para a *análise documental*, cujos conceitos básicos deverão ser buscados na denominada *Teoria e Pesquisa da História*.

---

<sup>9</sup> A Sociologia do Direito e a Antropologia do Direito, ao contrário, desenvolvem-se com base nas denominadas *pesquisas de campo*, a saber, utilizando-se da *observação*, *entrevistas*, etc. Existe, inclusive, uma forte tendência ao uso de *técnicas estatísticas*, ainda quase inexistentes na Dogmática Jurídica.

<sup>10</sup> DUVERGER, Maurice. *Ciência Política: teoria e método*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962, p. 105.

<sup>11</sup> Idem, p. 101.

Neste ponto, podemos lembrar como o faz Theodore Caplow (*La Investigación Sociológica*)<sup>12</sup> que “cada colectividad, cada asociación y cada cuerpo constituído acumula una masa de documentos referentes a cada fase de su actividad colectiva”, enquanto que Madeleine Grawitz (*Métodos y Técnicas de las Ciencias Sociales*)<sup>13</sup> escreve que “una civilización se expresa en sus documentos. Somos una civilización de burocracia, de papeleo”. No mesmo sentido, é a observação de Tim May (*Pesquisa Social – Questões, métodos e processos*)<sup>14</sup> quando escreve que “um documento representa um reflexo da sociedade. Ele se torna um meio através do qual o pesquisador procura uma correspondência entre a sua descrição e os eventos aos quais ela se refere”.

O. Dumoulin, no *Diccionario Akal de Ciencias Históricas*,<sup>15</sup> observa que

“la historia se hace con documentos, afirma con toda la razón el positivismo triunfante. A través de los documentos el historiador encuentra la huella de los hechos o al menos un testimonio acerca de los hechos. Por ello la crítica de los documentos representa la primera etapa de la elaboración de una historia científica”.

Fundamental questão deverá ser respondida: *Que é documento?*

Para Tim May,<sup>16</sup> citando John Scott,

“um documento no seu sentido mais geral é um texto escrito... Escrever é a produção de símbolos representando palavras e envolve a utilização de lápis ou caneta, máquina de escrever ou outra ferramenta para

---

<sup>12</sup> CAPLOW, Theodore. *La Investigación Sociológica*. Barcelona: Editorial Laia, 1977, p. 203.

<sup>13</sup> GRAWITZ, Madeleine. *Métodos y Técnicas de las Ciencias Sociales*. Barcelona: Editorial Hispano Europa, 1975, Tomo II, p. 115.

<sup>14</sup> MAY, Tim. *Pesquisa social: questões e processos*. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed Editora, 2004, p. 212.

<sup>15</sup> DUMOULAN, O. *Diccionario Akal de Ciencias Históricas*. Bajo la dirección de André Burguière. Madrid: Ediciones Akal, S. A, 1991, p. 211.

<sup>16</sup> MAY, ob. cit. p. 208-209.

inscrever a mensagem em papel, pergaminho ou outro meio material... Do mesmo modo, a invenção dos meios magnéticos e eletrônicos de armazenar e exibir textos deveria nos encorajar a considerar os 'arquivos' e 'documentos' contidos nos computadores e editores de texto como documentos verdadeiros. Portanto, desse ponto de vista, os documentos podem ser considerados como textos fisicamente corpóreos, onde o conteúdo é o propósito primário do meio físico".

José Van Den Besselaar (*Introdução aos Estudos Históricos*)<sup>17</sup>, usando a mesma linguagem de que se vale Marc Bloch<sup>18</sup> (historiador = juiz), afirma que "os documentos são como que testemunhas que devem ser interrogadas criteriosamente", para depois afirmar: "chama-se documento ou fonte todo e qualquer vestígio do passado, capaz de nos dar informações acerca de um fato ou acontecimento histórico".<sup>19</sup>

Bernard S. Phillips, no livro *Pesquisa Social - Estratégias e Técnicas*,<sup>20</sup> por seu turno, escreve:

"consideramos documentos quaisquer materiais escritos que possam ser usados como fonte de informação sobre o comportamento humano. Embora fontes escritas sejam utilizadas em experimentos, levantamentos e estudos observacionais numa etapa ou noutra, nossa atenção se concentrará naqueles materiais cujo registro não é resultado de qualquer esforço especial por parte do pesquisador".

---

<sup>17</sup> BESSELAAR, José Van Den. *Introdução aos Estudos Históricos*. São Paulo: Editora Herder, 1968, p. 157.

<sup>18</sup> BLOCH, Marc. *Introdução à História*. Coleção Saber, Publicações Europa-América, 1975, p. 47.

<sup>19</sup> BESSELAAR, ob. cit. p. 117. Enquanto para o historiador interessam os documentos do passado, em relação ao *Direito Comparado* os documentos serão aqueles atuais, visto que o comparativista se debruça sobre *sistemas ou ordenamentos jurídicos vigentes*, reservando-se à *História Comparada os sistemas ou ordenamentos que são passado*, quer sejam eles apenas nacionais, quer tenham os estrangeiros como objeto de estudo, conforme estudamos no capítulo III deste livro.

<sup>20</sup> PHILLIPS, Bernard S. *Pesquisa Social: estratégias e técnicas*. São Paulo: Editora Agir, 1974, p. 187.

Wilhelm Bauer os entende como “tudo que nos proporciona material para reconstituição da vida histórica”,<sup>21</sup> enquanto que J. G. Droysen os define: “Tudo aquilo que traga em si a marca do espírito ou da mão do homem”.

Em última análise, portanto, todos os documentos de fatos históricos, por meio dos quais se possa obter ou alcançar a verdade, devem ser considerados fontes históricas. Assim, a interpretação que hoje se dá ao *Livro dos Provérbios de Salomão*, no Antigo Testamento, se deve ao achado de uma obra filosófica egípcia – *A Sabedoria de Amenemope* e no qual teriam os provérbios sido inspirados, provando desta forma a influência egípcia sobre o povo hebreu. O mesmo se poderia dizer da Ata de Assembléia Nacional Francesa que promulgou a Declaração de Direitos durante a Revolução de 1789, provando, com isto, a influência das idéias liberais no pensamento dos líderes revolucionários.

Em livro intitulado *História e Crítica*,<sup>22</sup> escreve Pierre Salmon que

“o documento histórico é, na maioria das vezes, um documento escrito, manuscrito ou impresso (inscrição, concha, papiro, manuscrito, carta, jornal, carimbo postal). Poder ser também um documento gravado ou audiovisual, isto é, transmitido pelo som ou pela imagem (cilindro, disco, fita magnética, desenho, pintura, mapa esboço, fotografia, cliché, diapositivo, filme. Microfilme), ou uma simples tradição oral, sem suporte material, que alguém recolha em vista à sua fixação. Pode ser ainda um documento figurado, quer dizer, um vestígio material do homem (documento arqueológico, numismático, esfragístico), ou uma paisagem portadora da marca dos homens que a trabalharam (observação geográfica). Todavia, se o documento figurado ou a observação geográfica não são acompanhados de textos, a sua significação escapar-nos-á com frequência. Finalmente, observemos que o próprio historiador pode ainda ser testemunha directa de certos factos”.

---

<sup>21</sup> BAUER, Wilhelm. *Introducción al Estudio de la Historia*. Barcelona: Editorial Labor, 1994, p. 218.

<sup>22</sup> SALMON, Pierre. *História e crítica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1979, p. 60.

Em nosso ensaio *História Conhecimento & História Processo*<sup>23</sup> chamamos a atenção para um aspecto que na pesquisa do Direito Comparado se aplica apenas em parte, ou seja, que as fontes históricas, documentos ou vestígios não são o objeto material da História, entretanto, um meio ou caminho pelo qual se pretende obter a reconstrução do passado, e como tal, alcançar-se a *verdade histórica*.

No caso do Direito Comparado existem documentos que oferecem informações para o conhecimento de uma determinada realidade jurídica (ex.: a Jurisprudência, atas do Parlamento, gravações de debates parlamentares ou judiciários, etc), enquanto que outros (documentos) são o próprio objeto a ser analisado (ex.: textos de leis).

Evidentemente, que todos os documento e fontes que interessam à História, também interessam ao Direito Comparado, com uma única diferença: a vigência do ordenamento, não se podendo, previamente, dizer, por exemplo, que a *Lei* tenha ascendência sobre a *Jurisprudência* e/ou a *Doutrina*, pois, em muitos casos, estas duas últimas demonstrarão que a lei, embora vigente, não tem a eficácia que, em princípio, era de se supor.

Se, no entanto, *Lei*, *Jurisprudência* e *Doutrina* andam no mesmo sentido, as atenções do comparatista deverão iniciar-se pelo texto legal, para cuja análise, toda e qualquer informação será de grande valia, como, por exemplo, a imprensa que cobre os debates nos parlamentos e nos tribunais e até mesmo, entrevistas com legisladores e aqueles que militam no dia a dia com a aplicação da Lei (Magistrados, Ministério Público e Advogados).

---

<sup>23</sup> DANTAS, Ivo. *História conhecimento & História processo*. Recife, 2004 (inédito). Trata-se da atualização do artigo *Introdução ao Conhecimento Histórico*. Edição da Faculdade de Direito de Caruaru, Pernambuco, 1975, Caderno n° 74.

## 2. Os documentos e sua classificação

Até que ponto pode-se afirmar que o documento-fonte corresponde aos fatos ocorridos? Até que ponto a paixão e os condicionamentos (às vezes, *inconscientes*, às vezes, *propositais*) podem comprometer a reprodução fria dos acontecimentos?<sup>24</sup>

Esta preocupação, mesmo sendo mais importante na História que no Direito Comparado, não nos autoriza abandonarmos sua análise, pelo que teremos que recorrer ao delicado problema da *classificação das fontes*, as quais, em última análise e em um critério bastante amplo, são apenas e quase sempre divididas pelos epistemólogos da História em *primárias* e *secundárias*, para ficarmos com as expressões usadas, entre nós, por José Honório Rodrigues em sua *Teoria da História do Brasil*.<sup>25</sup>

Segundo seu entendimento, as fontes baseadas no *conhecimento direto e desde que mereça fé seu autor*, devem ser consideradas *primárias*, enquanto que as *secundárias* seriam todas aquelas baseadas no *conhecimento indireto*, podendo ser fundamentado em testemunhos ou compilações.

Note-se que nesta classificação, leva-se em conta a *pessoa de quem partiu a informação*: se ela merece fé, uma fonte que a princípio seria considerada indireta ou secundária poderá passar a ser entendida como fonte primária, mesmo que não tenha existido um conhecimento direto, mas sim, compilativo. O mesmo ocorreria na hipótese inversa: uma fonte que deveria ser primária (desde que o conhecimento fora

---

<sup>24</sup> Na lição de Paul Veyne, “os verdadeiros problemas de epistemologia histórica são problemas de crítica, e o centro de toda a reflexão sobre o acontecimento histórico deveria ser este: *O Conhecimento histórico é o que as fontes fazem dele*” (Cf. Pierre Salmon, ob. cit. p. 61).

<sup>25</sup> RODRIGUES, José Honório. *Teoria da História do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969, p. 234 e segs. Veja-se Maurice Duverger, *Métodos de las Ciencias Sociales*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 115 e segs.; Ciro Flamarion, *uma introdução à história*, 1981, p. 84-85.

direto), poderá transformar-se em indireta, bastando que o historiador (digamos, simplesmente, autor) estivesse comprometido e, em consequência, falseasse a verdade.

Vale a insistência: nesta classificação leva-se em conta a *pessoa responsável pela fonte*. Sublinha-se o princípio da *Neutralidade Axiológica*, já por nós analisado, inclusive, no capítulo em que discutimos o *Direito Comparado como Ciência*.<sup>26</sup>

Mais uma vez, demos a palavra a Tim May,<sup>27</sup> lembrando, de logo, que o critério apontado por José Honório Rodrigues, não exclui outros, sobretudo quando se trata de Pesquisa Social, conforme faremos referência.

“A literatura sobre a classificação de documentos – escreve Tim May - (...) tende a cair em três grupos principais: primeiro, os *documentos primários, secundários e terciários*; segundo, os *documentos públicos e os privados*, e, terceiro, as *fontes solicitadas e as não-solicitadas*. As *fontes primárias* referem-se àqueles materiais que são escritos ou coletados por aqueles que testemunharam de fato os eventos que descrevem. Nos termos de Bertrand Russell, eles representam o conhecimento por *familiaridade*. Portanto, é suposto que eles têm maior probabilidade de serem uma representação precisa das ocorrências, tanto em termos da memória do autor (tempo) como da sua proximidade com o evento (espaço). Entretanto, como Bob Burgess observa, essas fontes também devem ser vistas no contexto social e, com este propósito, o pesquisador poderia empregar *fontes secundárias*. Estas são escritas depois de um evento que o autor não presenciou pessoalmente, e o pesquisador tem que estar ciente dos problemas potenciais na produção desses fatos. As *fontes terciárias* capacitam-nos a localizar outras referências. Elas são os ‘índices, resumos e outras bibliografias... Há mesmo as bibliografias para ajudar-nos a encontrar bibliografias’. As bibliotecas possuem coleções de resumo e manuais de referência que auxiliam no processo. A estes, podemos acrescentar as ferramentas de busca e os portais de conteúdos na Internet”.

---

<sup>26</sup> DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado. Introdução, Teoria e Metodologia*. Curitiba: 3ª ed. revista, atualizada e aumentada, 2010, cap. III, p. 67-111.

<sup>27</sup> MAY, Tim. Ob. cit. p. 210-211. Itálicos nossos.

## E prossegue Tim May:

(...) “A distinção entre *documentos públicos e privados* é importante. O fato de que possam existir materiais nos diz pouco sobre se o pesquisador pode ter acesso a eles. Por essa razão, John Scott divide os documentos em quatro categorias de acordo com o *grau de sua acessibilidade*. Eles são os *proibidos*, os *restritos*, os *arquivos abertos* e os *publicados-abertos*. (...) Em termos de *documentos públicos*, a maior categoria é a daqueles produzidos pelos governos nacionais e locais e incluiria, por exemplo, os registros de nascimentos, casamentos e mortes e também os registros policiais, tributários e habitacionais. Alguns desses documentos podem ser protegidos pelo Ato dos Segredos Oficiais (*Official Secrets Act*) e, portanto, são *proibidos* <sup>28</sup>. Poucos registros oficiais, como observa Scott, caem na categoria de *restritos*; um exemplo é o dos papéis reais britânicos, aos quais o acesso pode ser dado somente pelo monarca. Os registros de *arquivos abertos* são armazenados no Cartório de Registros Públicos (Public Records Office – PRO), em Kew, (no Condado de) Richmond, Surrey ou, no caso dos Estados Unidos, na Biblioteca do Congresso. Os *documentos abertos* publicados incluem (...) os Atos do Parlamento e os registros dos debates parlamentares nos anais do parlamento. Por fim, chegamos ao terceiro grupo: os *documentos solicitados* e os *documentos não solicitados*. Essa distinção foi introduzida com base em que alguns documentos teriam sido produzidos visando à pesquisa, enquanto outros teriam sido produzidos para uso pessoal. Por exemplo, os diários podem ser utilizados na pesquisa social pedindo-se aos participantes que registrem eventos particulares e/ou expressem as suas opiniões sobre eles”.

Tendo o pesquisador em suas mãos o documento, já verificadas sua *autenticidade* e sua *veracidade*, caber-lhe-á interpretá-lo, usando de *métodos particulares* a cada ramo do conhecimento científico, mas que Duverger os identifica como sendo a *análise jurídica*, a *análise psicológica*, a *análise por processos matemáticos*, além de quaisquer outras técnicas que se tornem indispensáveis à exata compreensão de seu conteúdo. Em todos os casos, como observa, acertadamente,

---

<sup>28</sup> Há uma legislação própria que regulamenta os documentos oficiais. Ver, a propósito, a CF/88, art. 5º, inciso XXXIII.

Lourival Gomes Machadom, no estudo *Alguns aspectos atuais do problema do método, objeto e divisões da Ciência Política*,<sup>29</sup> o que importa “é a afirmação da necessidade de uma ciência objetiva que, cuidando especialmente dos fenômenos políticos,<sup>30</sup> dê-nos um conhecimento exato do aspecto político da vida das sociedades. Dedicada a uma tarefa exclusivamente objetiva, a ciência em apreço não poderá tomar como base as velhas tentativas de caráter filosófico, empírico e normativo dirigidos no mesmo sentido”.

### 3. Análise externa e análise interna dos documentos<sup>31</sup>

É, exatamente aí, na análise do *documento ou fonte* (esta última, expressão mais a gosto dos historiadores) que se concentram as preocupações da *Técnica de Análise Documental*, entendida como “o método científico para separar nos documentos a verdade do erro e da mentira, a certeza do que é provável ou apenas possível”<sup>32</sup>, o que será alcançado através das *análises externa e interna* do documento, respectivamente entendidas como a preocupação da *autenticidade* (análise externa) e da *veracidade* (análise interna) daquilo que se tem à

---

<sup>29</sup> MACHADOM, Lourival Gomes. *Alguns aspectos atuais do problema do método, objeto e divisões da Ciência Política*. São Paulo, 1943, p. 132.

<sup>30</sup> As constantes referências à História e à Ciência Política devem-se às estreitas relações existentes entre estas e o Direito em geral, especialmente, o Direito Comparado. Neste, quando se trata de Direito Constitucional Comparado, ditas relações estreitam-se ainda mais.

<sup>31</sup> A importância desta análise aumenta, à medida que o comparativista *vem de fora*, ou seja, não pertence àquele sistema jurídico com o qual pretende comparar o sistema nacional (o seu, do pesquisador). Naquele, como, quase sempre, o pesquisador não é testemunha ocular da criação e aplicação da norma, os documentos que a explicam carecem de uma autenticidade comprovada com técnicas muito mais minuciosas.

<sup>32</sup> BESSELAAR, ob. cit. p. 157. Tim May, já citado (p. 212-230) faz um estudo minucioso sobre a *análise dos documentos*. Veja-se ainda Antonio Tena Suck e Rodolfo Rivas-Torres, in *Manual de Investigación Documental. Elaboración de Tesinas*. 2ª Reimpresión, México: Plaza y Valdés Editores, 2000.

mão, seja fonte direta ou indireta.<sup>33</sup>

Estudando a questão, Jan Glénisson, em sua *Iniciação aos Estudos Históricos*<sup>34</sup> doutrina que

“o primeiro passo - *crítica da autenticidade ou crítica externa* - tem por objeto verificar o valor extrínseco do documento. Exerce-se ele, por assim dizer, a partir de fora, considerando o documento como um objeto a submeter-se à perícia. Arrisquemos uma nova comparação o historiador assemelha-se, então, ao joalheiro que examina uma jóia com a finalidade de saber se ela é verdadeira ou falsa. A *crítica externa*, efetivamente, corresponde à interrogação assim formulada: *está o documento que examinamos no mesmo estado em que se encontrava quando foi redigido pelo seu autor?*”

E prossegue, desta feita com a ajuda de P. Harsin no livro *Comment on écrit l'Histoire*:

“Duas respostas são possíveis. Ou se trata do próprio exemplar saído das mãos do autor, caso em que diremos ter à frente um documento *original*, extrinsecamente perfeito, por conseguinte. Ou não, havendo duas possibilidades a serem consideradas. A de uma cópia cabendo-nos determinar a medida em que ela reproduz o original sobre o qual foi transcrita. A de uma *falsificação* intencionalmente preparada, talvez muito tempo depois da época em que pretende ter sido redigida”.

No caso do Direito Comparado, onde quase sempre se lida com aquela realidade a que poderíamos denominar de *História presente* é mais fácil a verificação da *autenticidade*, que não significa, entretanto, impossibilidade de falsidade documental, sobretudo, no tocante às fontes secundárias (Jurisprudência, atas do Legislativo, Doutrina, etc), visto que para as fontes primárias (textos de legislação) deverão ser sempre usadas as publicações oficiais.

---

<sup>33</sup> Ver DUVERGER, *Método de las Ciencias Sociales*, p. 151 e segs.

<sup>34</sup> GLÉNISSON, Jan. *Iniciação aos estudos históricos*. São Paulo: Difel, 1961, p. 169. A propósito, veja-se Françoise Hildesheimer, *Introduction à L'Histoire*. Paris: Hachette, 1994, p. 83 e segs.

Ao proceder a *crítica externa*, defrontar-se-á o estudioso com, pelo menos, 6 (seis) perguntas para a caracterização da *veracidade do documento*, a saber: *quem redigiu o documento? quando? onde? qual o seu fim? qual a sua forma? como chegou até nós?*

Com tais respostas tem-se cumprido a primeira fase da análise documental, sendo-nos possível, então, enfrentar o segundo de seus problemas, ou seja, a *autenticidade* de seu conteúdo. Deixa-se de lado a *crítica externa* e penetra-se na *crítica interna*, com base na qual reconstitui-se a realidade jurídica a ser estudada.

Iniciada esta fase, a preocupação de saber-se da proveniência do documento é substituída pela preocupação com o seu *conteúdo*, ou seja, se ele *é exato, ou não*.

Novamente, ensina Glénisson: “não mais se trata de considerar o documento do lado de fora, como um objeto, mas do lado de dentro, com a intenção de saber se não é enganador o fundo do mesmo documento”.<sup>35</sup>

Louis Golttschale, Clyde Kluckhoun e Robert Angell em artigo intitulado *The Use of Personal Documents in History, Antropology and Sociology* <sup>36</sup>, especificamente analisando o documento como material de trabalho do historiador, afirmam que “este procederá 4 (quatro) testes visando a *veracidade da fonte* e que, no nosso entender, aplicam-se à pesquisa no Direito Comparado: a)- a fonte fundamental do detalhe (a testemunha primária) era *capaz de dizer a verdade?* b)- a testemunha primária *queria dizer a verdade?* c)- a testemunha está *informada com exatidão* sobre o detalhe que está sendo examinado? d)- há alguma *comprovação externa* do detalhe examinado?”

Comentando as indagações feitas, Bernard S. Phillips<sup>37</sup> as esclarece da seguinte forma:

---

<sup>35</sup> GLÉNISSON, Ob. cit. p. 173.

<sup>36</sup> Louis Golttschale, Clyde Kluckhoun e Robert Angell, *apud* B. PHILLIPS, ob. cit., p. 188.

<sup>37</sup> PHILLIPS, ob. cit. pp. 105-106.

“Deve-se observar que os testes de capacidade e desejo de dizer a verdade referem-se àqueles fatores que constituem dificuldade na situação da entrevista. Uma pessoa pode *não ter suficiente conhecimento* sobre o seu próprio comportamento ou sobre o comportamento de outros para ser capaz de oferecer certo tipo de informação, ou ela pode oferecer informação distorcida num esforço por lograr aprovação social.<sup>38</sup> Além disto, as testemunhas podem estar *muito distantes do acontecimento* em questão, podem ser *observadores incompetentes* ou podem ter prestado *pouca atenção ao acontecimento*<sup>39</sup> e, em conseqüência, podem não ser capazes de fazer declarações aceitáveis. Seu desejo de contar a verdade pode ser reduzido caso *sejam partes interessadas nas conclusões* ou se o que elas dizem pode agradar ou desagradar outras pessoas, ou leis ou convenções (por exemplo, leis de difamação), obrigando-as a se afastar da verdade escrita. O terceiro teste refere-se à *evidência secundária*. Se as declarações de uma testemunha primária não são disponíveis, então as declarações de testemunhas secundárias constituem prova cuja exatidão merece, naturalmente, ser avaliada. O quarto teste segue a regra geral dos historiadores aceitarem apenas fatos que se apoiam em testemunho independente de duas ou mais testemunhas, e dessa forma o historiador procura corroboração para uma dada afirmação”.

#### 4. Principais documentos de interesse para o Direito Comparado. Técnicas de análises

Que tipos de *documentos* interessam ao *Direito Comparado*?<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> É sabido que importante recurso metodológico para o Direito Comparado, são os *trabalhos forenses*, sobretudo, quando se busca identificar a correspondência da norma posta com a realidade dos fatos sociais. Neste sentido, a preocupação deverá ser maior, sobretudo, para que não se identifique em uma *decisão isolada*, aquilo que, erroneamente, se tem denominado de Jurisprudência.

<sup>39</sup> É o caso, por exemplo, quando, com base na imprensa, tenta-se reconstituir o clima em que determinada Lei foi proposta, discutida e aprovada.

<sup>40</sup> A propósito, ver capítulo intitulado *Le Fonti nel Diritto Comparato: Quadro di sintesi*, publicado no livro *Corso di Sistemi Giuridici Comparati*, a cura di Guido Alpa. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 27-33. Ainda Lucio Pergoraro e Angeli Rinella, *Las Fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al Ordenamento*

Vimos insistindo que o estudo do Direito Comparado não se resume à *análise da legislação*, sendo esta apenas um dos objetos sobre os quais recairão as análises. Pois bem, neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira, em artigo intitulado “Direito Comparado e seu estudo”, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*,<sup>41</sup> lembra a transformação que sofreram os estudos objeto de nossas preocupações, não só quanto à sua denominação (de *Legislação Comparada* para *Direito Comparado*), mas, sobretudo, quanto às fontes com as quais trabalharia. Assim, escreve:

“quando se criaram no Brasil as primeiras cátedras, esta era a tendência dominante e esta a denominação. Quem lê as obras de CLÓVIS BEVILÁQUA, *Lições de Legislação Comparada* e CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Curso de Legislação Comparada*, não encontra senão esta concepção para a disciplina. Obras do fim do século passado traduzem bem as idéias em voga, que reduzem as atividades comparatistas a pouco mais que uma resenha estatística de textos de lei. *O Direito Comparado, porém, vê a realidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto e deve ter presente além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica. O direito, ainda nos países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta.* O investigador comparatista, realizando sua obra com o material legislativo apenas, fecha seus horizontes, e não tem a desenvoltura que a pesquisa de cunho nitidamente científico reclama. Para que possua estas qualidades essenciais, deve o autor da obra deste gênero verificar o que o legislador dispôs, e investigar também o que registram os arestos dos Tribunais, as influências da doutrina, aquelas imponderáveis de todo organismo jurídico que TULLIO ASCARELLI denomina ‘as premissas implícitas’ dos sistemas em foco, econômicas, doutrinárias, às vezes não formuladas, mas sempre presentes nos sistemas de direito.”<sup>42</sup>

---

*constitucional*). Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2003. Neste estudo, os autores analisam as *Fontes do Common Law* e as *Fontes do Civil Law*, separadamente.

<sup>41</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e seu estudo, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano VII - Nova Fase -, out. 1955, p.37.

<sup>42</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit. p. 38. Destaques nossos.

Vale aqui, que repetamos o que já foi dito ao fazermos referência a German J. Bidart Campos quando, coerente ao seu entendimento *tridimensional* do Direito,<sup>43</sup> e em co-autoria com Walter F. Carnot,<sup>44</sup> referindo-se ao estudo do Direito Constitucional Comparado, destacam, de logo, que “el derecho constitucional comparado que nosotros propugnamos no se encuentra enclausurado en las normas de la constitución documental”,<sup>45</sup> após o que ensinam:

“Por el contrario, fieles al realismo y al trialismo jurídico, visualizamos a un derecho constitucional de cara o solidario con la realidad existencial. Por eso podemos afirmar también que estado, en su sentido dinámico, es sinónimo no sólo a régimen político, sino a *constitución en su acepción material o real*. La preanotada dimensión existencial que le imprimimos al derecho constitucional comparado nos obliga a detenernos, siquiera brevemente, en los *marcos* en que se despliega su capacidad ordenadora y estructuradora. Sabemos que el derecho constitucional de cada estado es su causa formal, es decir, es aquel ingrediente aglutinante que lo informa, que le infunde organización y encuadre. Ahora bien, la pregunta clave a formular es ésta: *qué es lo que se organiza, estructura u ordena?*”<sup>46</sup>

Referindo-se a uma *interdisciplinarietà metodológica*, escreve Boris Mirkine-Guetzévitch em sua *Evolução Constitucional Européia - Ensaio Sintético*<sup>47</sup>:

“No direito público, o método comparativo une-se ao método histórico. Estudam-se as instituições confrontando a estrutura (direito comparado)

---

<sup>43</sup> Veja-se, a propósito, German J. Bidar Campos, *Filosofía del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Edia, 1976.

<sup>44</sup> CAMPOS, G.J. Bidar; e CARNOT, Walter F. *Derecho Constitucional Comparado – Tomo I*. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 29-50.

<sup>45</sup> Consulte-se a respeito deste âmbito do Direito Comparado, o capítulo do livro deste articulista sobre *Direito Comparado como Ciência*, onde a nossa posição está exposta e que é idêntica àquela defendida pelo referido autor.

<sup>46</sup> *Ibidem*, itálicos no original, p. 29.

<sup>47</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Evolução constitucional europeia, ensaio sintético* Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, p. 13.

e o funcionamento (ciência política). Ora, para compreender a estrutura e o 'rendimento' das instituições, é preciso conhecer suas origens e transformações, sua evolução histórica".

Falou-nos Duverger em *análise jurídica*, a *análise psicológica*, a *análise por processos matemáticos* dos documentos. Apesar de que todas elas possam ser utilizadas no Direito Comparado (as estatísticas estão muito em moda em todos os ramos das ciências sociais), deteremos nossas considerações na *análise jurídica*, sem dúvida alguma, o grande instrumento à disposição do cientista do Direito, que deverá procedê-la amparado por *informações e técnicas subsidiárias* fornecidas pela *História*, pela *Sociologia*, pela *Ciência Política* e, mais recentemente, pela *Informática*.

O primeiro passo rumo à pesquisa em Direito Comparado, sem dúvida alguma, é *conhecer os sistemas jurídicos* que serão analisados, isto é, o *direito estrangeiro e o direito nacional vigentes*, o que se torna *conditio sine qua non*, mesmo quando se trate de *micro-comparações* ou comparações de um ou alguns institutos.

Para tanto, o *domínio da língua* e, sobretudo, o sentido que os termos jurídicos têm no sistema analisado, é pressuposto irrenunciável. Sem isto, tenderá o estudioso, inevitavelmente, para conclusões falsas, não condizentes com a verdade que pretende alcançar. Um bom *Dicionário Jurídico* (na própria língua), ao lado de um *Repertório Oficial de Jurisprudência* através do qual seja verificada a *correspondência entre a norma e a realidade-interpretação* que lhe é dada pelos Tribunais, serão valiosos instrumentos de trabalho.

A esses, acrescentem-se as *Enciclopédias Jurídicas*, os *comentários e estudos monográficos* feitos por doutrinadores representativos do pensamento jurídico que se pretende analisar.

Por fim, ressaltem-se que importantes veículos para o estudo do Direito Comparado encontram-se nas *revistas especializadas*, bem como na realização de *viagens* aos locais cujos sistemas jurídicos

serão comparados.<sup>48</sup> Vale destacar que nos dias de hoje estas viagens estão muito facilitadas para a realização de cursos de Mestrado e/ou Doutorado, podendo-se inclusive realizar o chamado sanduiche, no qual o candidato faz parte de seus 'créditos' na Universidade de origem, e a outra na universidade para a qual se irá.

Claro está - e a repetição é proposital - que mesmo dispondo de todo este aparato, não se dispensará a *análise de textos normativos*, o que envolve algumas fases, a saber: a) - encontrar; b) - ler; c) - manejar e consultar; d) - coordenar os diversos artigos, incisos e parágrafos; e) - interpretar (sobretudo, considerando o sistema como um todo).<sup>49</sup>

## 5. A posição de Mauro Cappelletti sobre Método e finalidades do Direito Comparado

Um dos autores contemporâneos que muito produziram no âmbito do *Direito Comparado*, sem dúvidas, é Mauro Cappelletti, sobretudo quando se trata de estudos sobre a *Justiça Constitucional* e o *Controle de Constitucionalidade*.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> No caso de viagens, importante é que o pesquisador tenha noções sobre as *Técnicas de Observação*.

<sup>49</sup> Veja-se o interessante livro de Agustin Gordillo, *El Método en Derecho*. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1995, sobretudo, o capítulo III onde o autor estuda a *Análisis de Textos Normativos* (p. 45-51).

<sup>50</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973; CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989; CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*. Lima: Palestra/Unam, 2010; CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1984; CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001; CAPPELLETTI, Mauro. *Obras: La Justicia Constitucional. Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*. México: Editorial Porrúa; Facultad de Derecho – UNAM, 2007; CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974; CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías e Sociedade*. Vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris

Nesta linha, em artigo intitulado *El Derecho Comparado: Método y Finalidades*<sup>51</sup> depois de tratar as *Razones Crecientes de la Importancia de los estudios comparativos*,<sup>52</sup> enfrenta *Las seis 'etapas' del análisis comparativo: una propuesta metodológica*,<sup>53</sup> e escreve logo no início:

“Una cuestión preliminar, y em verdad fundamental, para el comparatista, se refiere a La cosa que va a someter a comparación. Frecuentemente se afirma que solamente pueden ser objeto de comparación los sistemas, las normas e instituciones que son *similares entre si*. Yo considero totalmente errada esta concepción, incluso si no dudara del hecho de que um punto de partida común – um *tertium comparationis* – es necesario para hacer significativo el análisis comparado. Sin embargo, este punto común no consiste de modo alguno em uma solución jurídica común o similar, sino simplemente em la comunidad, o semejanza, del problema o la necesidad sociales que se intenta resolver mediante la intervención jurídica, normativa, o de outra naturaleza. Mi propuesta se articula em las siguientes ‘fases’ o ‘etapas’, dentro de cuyo cuadro considero que debe desarrollarse la investigación comparativa.”<sup>54</sup>

### **Primera fase: el *tertium comparationis***

“Si bien no es necesario que exista uma semejanza del material jurídico objeto de comparación, lo que se requiere, em cambio, es um punto de partida *común pré-jurídico*, o sea, como decía, un *problema* o una *necesidad* social real que comparten dos o más países o sociedades a las cuales se quiera aplicar el análisis comparativo. Por ejemplo, la necesidad/problema de la protección del ambiente contra la contaminación industrial... (...) Obviamente nos hallamos aquí em

---

Editor, 2008; CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías e Sociedade*. Vol. II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010; CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

<sup>51</sup> CAPPELLETTI, In *Obras*. Editorial Porrúa, 2007, p. 359-380.

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Razones Crecientes de la Importancia de los estudios comparativos*, p. 359-361.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 363-368.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 363-364. Estas 6 (seis) fases estarão neste texto citadas com palavras do próprio autor, embora resumidas por este autor.

una fase pre-jurídica: el problema/necesidad puede ser de carácter económico, político o de otra naturaleza (como la necesidad de actuar para controlar el poder político, por ejemplo, mediante un sistema de justicia constitucional".<sup>55</sup>

### **Segunda fase: Las soluciones jurídicas del problema**

"La segunda fase de la investigación/análisis comparativo nos lleva al campo del derecho en sentido estricto: se trata, en efecto, de encontrar las normas, instituciones, procesos jurídicos con lo que los países examinados han intentado resolver el problema/necesidad que comparten. Es el momento de resaltar cómo tales intervenciones jurídicas – normativas, institucionales, procesales – pueden ser también muy diversas de país a país, sin que esto prive de significado a la comparación, sino más bien lo contrario. Por ejemplo, un país puede haber adoptado un sistema de protección del ambiente mediante organismos públicos creados con tal finalidad (e.g. La *Environmental Protection Agency* en los Estados Unidos, el Ministerio del Ambiente en Italia), mientras que otros países prefieren extender a las asociaciones o incluso a los particulares en lo individual, la legitimación para acudir a juicio".<sup>56</sup>

### **Tercera fase: les *raison d'être* de las analogías y diferencias**

"El tercer momento del análisis comparativo es una fascinante investigación de las razones que pueden explicar las analogías, pero sobre todo, las diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema: razones históricas, sociológicas, éticas, etcétera. Es claro que aquí el comparatista debe moverse fuera del campo del derecho entendido en sentido restringido, lo cual es un nuevo reconocimiento de la circunstancia de que el derecho constituye en realidad un elemento fundamental, aunque no pueda separarse de los otros, del 'sistema social', en su conjunto. (...) las razones por las cuales el

---

<sup>55</sup> CAPPELLETTI, artículo citado, p. 364.

<sup>56</sup> CAPPELLETTI, *idem*, 364.

modelo 'difuso' de justicia constitucional no ha tenido éxito en los países continentales europeos incluyen la razón 'sociológica' consistente en la existência de una magistratura 'de carrera', como también la razón histórico-ideológica de la confianza en un poder judicial creativo en forma demasiado abierta; igualmente, hay razones de naturaleza varia, que radican en parte en una organización y deontologia, diversas de la abogacia, que explican el hecho de que los países del *Civil Law* no hayan adoptado la 'class action' como instrumento para la tutela de los intereses difusos, una tutela que ha adquirido fundamental importancia en todos los países industrializados".<sup>57 58</sup>

### **Cuarta fase: Investigación de las grandes tendencias evolutivas**

"La cuarta fase del análisis comparativo consiste en la investigación de eventuales *trends*, de tendencias evolutivas, que pueden ser convergentes o divergentes. Por ejemplo, en el ámbito de la justicia constitucional veremos cómo ha ido atenuándose la divergência profunda entre los sistemas concentrado y difuso, y que se va manifestando una cierta convergência entre los dos grandes modelos."<sup>59</sup>

### **Quinta fase: la valoración**

"La quinta etapa del análisis es la valoración. Esto es, se trata de evaluar las soluciones adoptadas – o los modelos de solución – en cuanto a su eficacia o ineficacia en la resolución del problema/ necesidad de la cual ha arrancado la investigación. Aquí surge el carácter '*jurisprudential*', o si se prefiere 'filosófico-valorativo', del análisis comparativo.

---

<sup>57</sup> Idem, p. 365.

<sup>58</sup> Para consultas sobre o tema, veja-se A. Gambaro (coord.), *La Tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*. Milano: Giuffrè Editore, 1976.

<sup>59</sup> CAPPELLETTI, Artigo citado, p. 365.

Se trata, pues, de una valoración, pero no basada en critérios – o valores – afirmados priorística y especulativamente, sino fundado en datos concretos, verificables empíricamente. Los valores – justo/injusto, progresivo/obsoleto, eficaz/ineficaz - non son, entonces, repito, valores absolutos, sino precisamente, relativos y demostrables en conexión con el ‘punto de partida’, esto es, la necesidad social concreta asumida como *tertium comparationis*.<sup>60</sup>

### **Sexta fase: Predicción de desarrollos futuros**

“El comparativista – y aquí pretendo expresarme de manera un tanto provocativa – es el único ‘profeta científico’ posible. Profeta, porque, sobre la base de la investigación utilizada, puede sacar a la luz tendencias evolutivas, las cuales presumiblemente están destinadas a continuar y a difundirse, al estar radicadas en problemas y necesidades reales de la sociedad, y al haber sido ‘valoradas’ a la luz de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución del problema. Pero es en verdad profeta ‘científico’, porque su predicción del futuro no se basa en sus preferencias o idiosincracia, como tampoco en instituciones o ‘iluminaciones’ personales, sino en resultados de un análisis concreto de la realidad social.

## **6. A Biblioteca**

Em sua *Iniciação ao Estudo da Ciência Política*<sup>61</sup> afirma Francis Sorauf que “para os cientistas sociais familiarizados com os computadores e a entrevista de campo, o trabalho de gabinete pode parecer obsoleto. Não obstante, o domínio do âmbito de instrumentos bibliográficos que a biblioteca pode proporcionar não é tarefa simples.

---

<sup>60</sup> idem, p., 366.

<sup>61</sup> SORAUF, Francis. *Iniciação ao estudo da Ciência Política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 39.

(...) O domínio da biblioteca e de seus recursos não só torna possível a pesquisa como pode até tornar as buscas mais emocionantes”.

Em verdade, como observa Antônio Carlos Gil no livro *Técnicas de Pesquisa em Economia*<sup>62</sup>

“parte considerável do trabalho de pesquisa econômica consiste na utilização dos recursos fornecidos pelas bibliotecas. Isto é verdadeiro tanto para as pesquisas baseadas unicamente em material bibliográfico, como também para os estudos de caso e levantamentos de campo. Qualquer que seja a pesquisa, a necessidade de consulta a material publicado é imperativa. Primeiramente há a necessidade de se consultar material adequado à definição do sistema conceitual da pesquisa e à sua fundamentação teórica. Também se torna necessária a consulta ao material publicado com vistas a identificar o estágio em que se encontram os conhecimentos acerca do tema a ser investigado”.

Importante observação a ser levada em consideração, é feita por Alfonso Trujillo Ferrari (*Metodologia da Pesquisa Científica*),<sup>63</sup> segundo a qual,

“a *pesquisa bibliográfica* não deve ser confundida com a *pesquisa documental*, como freqüentemente ocorre. Entretanto, o levantamento bibliográfico é mais amplo que o segundo, e ainda pode ser realizado conjuntamente com ele e com a pesquisa de campo e de laboratório. Em qualquer de suas conotações, a *pesquisa bibliográfica* tem por finalidade conhecer as contribuições científicas que se efetuaram sobre determinado assunto. Desta forma, a pesquisa bibliográfica permitirá comprovar que uma determinada hipótese não constitui objeto de estudo por parte de outros investigadores. Por outro lado, a pesquisa bibliográfica assume caráter de rotina, tanto para o pesquisador como para o profissional que necessita atualizar-se diuturnamente, diante do grande manancial de publicações”<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> GIL, Antônio Carlos. *Técnicas de pesquisa em Economia*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991, p. 61.

<sup>63</sup> FERRARI, Alfonso Trujillo. *Metodologia da pesquisa científica*. São Paulo: McGraw-Hill, 1992, p. 209. Aconselha-se a leitura de todo o cap. VIII, voltado para o *Levantamento de Dados*, p. 209-237. Destques no original.

<sup>64</sup> Consulte-se Ângelo Domingos Salvador, *Métodos e Técnicas de Pesquisa Bibliográfica*.

As afirmativas trazidas à colação servem, perfeitamente, para os estudos do *Direito Comparado*, sobretudo porque, se por um lado é para os textos legislativos que estarão voltadas nossas maiores atenções, por outro, um grande número de fontes a serem trabalhadas, recai naquelas denominadas *fontes secundárias* (*Fontes Bibliográficas - Doutrina e Jurisprudência*), nem sempre disponíveis, quer pelo preço, quer por estarem esgotadas e que, didaticamente, podem ser classificadas da seguinte forma:<sup>65</sup>

1) *Livros de consulta corrente.*

2) *Livros de referência:*

2.a) *informativa:*

- Dicionários;
- Enciclopédias;
- Anuários.

2.b) *remissiva.*

3) *Periódicos:*

- Jornais
- Revistas.

4) *Impressos diversos.*

Importantes recursos utilizados pelas bibliotecas são os *catálogos*, constituídos por fichas agrupadas em ordem alfabética, ora utilizando-se do *nome do autor*, ora do *título da publicação*, ora pelo *assunto*.<sup>66</sup>

Vale que se destaquem as facilidades que as grandes bibliotecas já possuem através de *sistemas interligados de computação*, permitindo ao usuário o acesso àquelas fontes não disponíveis na instituição em

---

11ª edição, São Paulo: Editora Sulina, 1986.

<sup>65</sup> Cf. Antônio Carlos Gil, ob. cit. p. 62.

<sup>66</sup> Para a classificação de livros por assunto, o critério mais utilizado é o *Sistema de Classificação Decimal de Dewey* (CDD), que agrupa as diversas áreas de conhecimento em 10 (dez) classes.

que se está pesquisando, mas que, mediante convênios são possíveis de serem adquiridas, quase sempre, por cópias xerográficas<sup>67</sup>.

## 7. Fichas Bibliográficas e de Leitura

Mesmo sem confundir (como foi dito no início) *Técnicas de Pesquisa* com *Técnicas de Redação de Trabalhos* (monografia, dissertação ou tese), vale que nos detenhamos, mesmo que brevemente, sobre os temas que versaremos neste item, ou seja, as *Fichas Bibliográficas e de Leitura*, visto que elas são o ponto de partida para qualquer pesquisa, seja utilizando *fontes primárias ou diretas* e/ou *fontes secundárias ou indiretas*.

Assim, o primeiro ponto a destacar é chamar a atenção para o fato de que não se deve confundir *fichas bibliográficas* e de *leitura*. Ademais, e apesar de que a organização, sobretudo da *Ficha de Leitura*, variará de pessoa para pessoa, algumas sugestões poderão ser dadas, sem que nos esqueçamos que, pouco a pouco, a *Ficha Bibliográfica* vem sendo substituída pelos *Bancos de Dados*, utilizáveis através, sobretudo da Informática.

Ofereçamos um modelo de *Ficha Bibliográfica*, que poderá ser de cartolina<sup>68</sup>, pautada ou não, mas sempre correspondente ao tamanho de 21x15cms, e onde são inseridas *todas as obras que tratam de um mesmo assunto*.

---

<sup>67</sup> Dentre outras, citem-se, no Brasil, a Biblioteca do Senado Federal bem como a da Faculdade de Direito da UFMG e da Faculdade de Direito da USP e, mais recentemente, a Faculdade de Direito do Recife, nas quais, inclusive, a xerox possui preço subsidiado.

<sup>68</sup> Existem nas papelerias vários modelos de fichas, pautadas e de tamanhos variáveis.

**FICHA BIBLIOGRÁFICA:****Assunto: Aspectos Teóricos do Direito Comparado**

**ASCARELLI, TULLIO** - O DIREITO COMPARADO. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado. São Paulo: Editora Saraiva, 1945, pp. 3-16. **Obs.:** Há uma nova edição (Campinas: Bookseller, 1999 (ver capítulos 1 e 2, pp. 31-89).

(Analisa as funções do Direito Comparado e insiste na valorização da Jurisprudência).

**SARFATTI, MARIO** - Introducción al Estudio del Derecho Comparado. Mexico: Imprenta Universitaria, 1955.

Vale lembrar a possibilidade de serem feitas pequenas anotações abaixo de cada referência, tais como algum posicionamento pessoal do autor, que deva ser destacado.

Diferentemente da *Ficha Bibliográfica*, as *Fichas de Leitura* serão sempre individualizadas, isto é, *para cada fonte lida, corresponderá uma ficha*, devendo ter um tamanho que ficará a critério do pesquisador, não se aconselhando, entretanto, o uso de folhas soltas, mesmo aquelas que se colocam em pastas denominadas A-Z.

Igualmente, poderão ser de cartolina (lisa ou pautada) ou nos dias de hoje, em Bancos de Dados utilizados na Informática.

Pelo fato de serem as *Fichas de Leitura* individualizadas para cada livro e/ou artigo, deverão elas ter sempre a data em que a leitura foi realizada, acrescentando-se, a cada nova leitura, a nova data, isto porque, e será facilmente observado ao longo dos anos, tal procedimento mostrará como algum aspecto que foi considerado importante em uma primeira leitura, já não é assim entendido em uma segunda. O mesmo ocorrerá em sentido inverso, ou seja, algo que passou sem chamar a atenção, neste segundo momento, apresenta-se nos de importância e merecedor de registro.

Finalmente, o fato de serem individualizadas, tal não impede

que existam *cruzamentos*, conforme exemplo abaixo:

FICHA DE LEITURA - Natal, dez., 1996; Recife, out., 1997.

OCTÁVIO IANNI, A Era da Globalização. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1996.

1. Neoliberalismo: propostas - p. 280:

a)- reforma do Estado: a diminuição do seu *tamanho*; b) desestatização da economia; c)- privatização de empresas produtivas e lucrativas governamentais; d)- abertura de mercados; e)- redução de encargos sociais relativos aos assalariados por parte do poder público e das empresas ou corporações privadas; f)- informatização de processos decisórios, produtivos, de comercialização e outros -

Obs.: Ver J. ESTEFANÍA La Nueva Economía. La Globalización, p. 14.

Observe-se que no exemplo, faz-se referência a ESTEFANÍA, autor que possui, igualmente, uma Ficha.

Nesta deverá haver, da mesma forma, cruzamento com IANNI, conforme exemplo a seguir:

FICHA DE LEITURA - Recife, out., 1997.

JOAQUIM ESTEFANÍA La Nueva Economía. La Globalización. Madrid: Editorial Debate S/A, 1996.

1. Fim da História? (p. 14). V. FRANCIS FUKUYAMA e suas ligações e financiamento (pp. 11-12). A queda do Muro de Berlim. A vitória do Neoliberalismo.

2. Mundialização e Globalização. Causas da Globalização - p. 14.

3. Obs.: Ver OCTÁVIO IANNI, A Era da Globalização.

Insista-se: ao falarmos em cruzamento, tal significa dizer-se que, por exemplo, após as transcrições do texto lido (objeto da ficha) podem vir observações cruzadas, as quais, de preferência, deverão ser

em letras de cor diferente.

Finalmente, se o leitor desejar acrescentar alguma anotação pessoal, de concordância ou não, com o texto transcrito, deverá fazê-lo precedendo-a de suas iniciais.

## 8. Fichas de Referências

Além das *Fichas Bibliográficas* e de *Leitura* acima referidas, existem ainda, para serem utilizadas na redação do trabalho, as denominadas *Fichas de Referência*, conforme os exemplos seguintes:

\* *Livros (no todo):*

**DAVID, René** - Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé - Introduction à l'Étude des Droits Étrangers et à la Méthode Comparative. Paris: LGDJ, 1950.

\* *Livros com 2 ou mais autores:*

**CASCAJO CASTRO, José Luis, GARCIA ALVAREZ, Manuel** - Constituciones Extranjeras Contemporaneas. 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

\* *Artigo de periódico:*

**VALLADÃO, Haroldo** - O Estudo e o Ensino do Direito Comparado no Brasil: séculos XIX e XX. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, pp. 3-14, abr./jun., 1971.

\* *Verbetes de Enciclopédia:*

**GORLA, Gino** - Diritto Comparato. In ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milano, 1963, vol. 12, pp. 1-19.

## 9. Fotocópias

Por melhores que sejam as *Fichas de Leitura*, evidentemente, que não conterão a íntegra dos documentos pesquisados, razão pela qual, nos dias atuais as Fotocópias ou cópias xerográficas ocupam, cada vez mais, importante setor dos arquivos dos pesquisadores, em qualquer área do conhecimento humano.

Por outro lado, tendo-se o documento fotocopiado, a qualquer instante poderá o pesquisador economizar tempo, voltar a ele, conferir dados, confirmar informações, enfim, manter contatos que não seriam possíveis se apenas estivesse com pequenas fichas, que nem por isto não dispensadas no trabalho científico, até porque, poderão estas ser levadas para qualquer local, diferentemente, de um biblioteca ou mesmo de dezenas ou centenas de livros que estão sendo consultados.

Dois conselhos devem ser ditos: a) - em relação a artigos e/ou livros fotocopiados, não se deve esquecer a denominada *folha de rosto*, ou seja, aquela onde, geralmente, se encontram os mesmos dados que constam da capa; b) - em se tratando de documentos outros (leis, jurisprudências), não podem ser esquecidas as anotações quanto à biblioteca e ao arquivo em que foram localizadas, data do Diário Oficial, do Repertório de Jurisprudência, etc....

Finalmente, duas observações bastante importantes: 1) - a necessidade de renovação periódica das cópias (por exemplo, de 2 em 2 anos), em razão de que as mesmas tendem a apagar com o decorrer do

tempo <sup>69</sup>; 2) – As cópias devem ser relacionadas em um Arquivo, onde constam os dados do texto, bem como a pasta em que se encontra arquivado. Esta última observação crescerá de importância, à medida que aumenta o arquivo das cópias.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Este cuidado deve ser muito maior em relação a cópias obtidas mediante *fax*, devendo de imediato ser, xerografadas, visto que duram mais ou menos 2 (dois) meses com leitura razoável.

<sup>70</sup> Remetemos os leitores para nosso ensaio a *História como Ciência* – onde a questão da pesquisa se encontra tratada, até certo ponto, de forma mais detalhada, até em razão do maior tempo dedicado pelos Historiadores ao estudo de tais assuntos.

# Capítulo 08

## A GREVE POLÍTICA NO BRASIL E EM PORTUGAL: UM ESTUDO COMPARADO

Gabriel Lima Valentim<sup>1</sup>

**Resumo:** O estudo em questão tem a finalidade de fazer um exame crítico do posicionamento jurisprudencial e legal a respeito da greve com finalidade política no Brasil e em Portugal. A greve, apesar de ser um instrumento importantíssimo à disposição dos trabalhadores para se manifestarem contra injustiças, sempre foi resistida, algumas épocas sendo um ilícito penal e outras sendo aceita, mas com severas restrições. Com a queda da maior parte dos regimes totalitários do Ocidente, a greve se tornou um direito, mas um direito ainda resistido, não só expressamente pela letra da lei, mas principalmente por decisões judiciais que interpretam esse direito da maneira mais restrita possível. A greve política, por exemplo, é reiteradamente declarada abusiva pelo Tribunal Superior do Trabalho. Emerge, então, a pergunta central que o artigo pretende começar a responder: esse posicionamento do Tribunal brasileiro é regra ou exceção no plano internacional? Para responder essa pergunta será produzida uma pesquisa de direito comparado pelo método funcionalista, realizando análise bibliográfica, por meio de livros, artigos publicados em periódicos e dados publicados na internet, sobre os principais termos estudados nesse artigo, como greve e greve política, e análise documental, através do exame da jurisprudência brasileira e portuguesa relativa a greves políticas. Por fim, será feita uma análise crítico-constructiva das decisões estudadas, em que se conclui que apenas o posicionamento jurisprudencial português é coerente com seu sistema constitucional.

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

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na área de concentração de Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

## 1. Introdução

O Direito do Trabalho é um ramo do direito essencialmente internacional. O seu surgimento como ramo jurídico autônomo se deu pela formação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, como decorrência do Tratado de Versalhes, sendo uma tentativa das potências capitalistas vencedoras da Primeira Guerra Mundial em estabelecer um mínimo regulatório trabalhista em um mundo do trabalho interconectado já no início do século XX.

O surgimento do Direito do Trabalho também foi uma resposta ao avanço do movimento operário anarquista e comunista, que cada vez mais ganhava força. As ideais da Revolução Russa de 1917 ecoavam ao redor do planeta, obrigando grande parte dos países capitalistas a aceitarem reivindicações operárias.

O direito de greve foi um desses direitos conquistados pelos trabalhadores por meio de luta, tendo se consolidado principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

Todavia, diferente de outros direitos trabalhistas, como descanso semanal remunerado, férias, 13º salário, entre outros, que são criações jurídicas, a greve é um fato social, que existe independente de regulação jurídica.

Se por um lado o direito de greve deu mais segurança aos trabalhadores na consecução de um movimento paredista, por outro o direito serviu para enquadrar o movimento dentro da limitada moldura jurídica.

A greve, um movimento intrinsecamente rebelde, passa a ser uma negociação jurídica, que deve ocorrer de forma pacífica e com boa-fé, devendo seguir rigorosos pré-requisitos legais e jurisprudenciais para que o movimento não seja declarado abusivo.

É exatamente nesse contexto, de um direito de greve que protege e ao mesmo tempo limita o exercício desse movimento coletivo, que

emerge a proibição das greves políticas no Brasil. O Tribunal Superior do Trabalho vem, desde 1995, declarando todas as “greves políticas” que julga como abusivas.

Surge, então, a pergunta central do artigo: esse posicionamento jurisprudencial do TST é regra ou exceção no âmbito internacional?

Esse artigo pretende começar a tentar responder essa pergunta, focando em um estudo comparado entre Brasil e Portugal. A escolha de Portugal se justifica não só pela proximidade cultural, linguística e acadêmica entre os países, mas também pela própria construção histórica do direito de greve nos países, que é bastante similar, como será mais analisado no artigo.

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

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

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

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

A realização desse estudo comparado, mediado pela análise

documental e bibliográfica, contribuirá para, finalmente, realizar-se uma análise crítico-constructiva do entendimento desses tribunais acerca da abusividade da greve política e da insustentável separação entre o profissional e o político que embasam essas declarações de abusividade no Brasil. Assim, a pesquisa é de natureza bibliográfica, exploratória, descritiva e interpretativa, de cunho qualitativo mediante análise bibliográfica e documental, valendo-se da utilização do método hipotético-dedutivo e de estudos de caso.

## **2. A Evolução do tratamento legal da greve antes de sua transformação em direito**

Inicialmente, como esse trabalho é essencialmente um estudo de direito comparado, é imprescindível realizar uma breve análise da evolução jurídica do movimento paredista nos países estudados. Antes de fazer uma análise crítica da jurisprudência desses países é imprescindível analisar em que contexto essa jurisprudência surge.

### **2.1. Brasil**

A primeira menção a greve em uma lei no País ocorre após a Proclamação da República, no Código Penal de 1890 (Dec. nº 847, de 11/10/1890), em seu artigo 204, que proíbe expressamente o movimento, com pena de prisão e multa aos realizadores.

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

A próxima modificação jurídica a respeito das greves só veio a ocorrer no Governo Vargas, pela Consolidação das Leis Penais de 1932 (Decreto nº 22.213 de 14-12-1932), que, apesar de não criminalizar a

greve em si, punia o uso de constrangimento, ameaça ou violência para realizar o movimento paredista. A Lei de Segurança Nacional (Lei nº38 de 4 de abril de 1935) viria, todavia, a mais uma vez criminalizar a greve, estabelecendo, em seus artigos 7º e 8º, pena de 1 a 3 anos para o indivíduo que incitasse greve de funcionários públicos.

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

Por fim, obedecendo a Constituição, a Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, expressamente proibiu a greve e o lockout, em seus artigos 722 e 725. Esse diploma legal estabeleceu novas penalidades, principalmente administrativas, que se acrescentaram as já catalogadas pela anterior legislação penal pela lei de segurança<sup>2</sup>.

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, deu-se o início do processo de redemocratização do País. Nessa época, a pressão de um movimento operário mais livre para atuar fez com que o Presidente Dutra sancionasse o Decreto-Lei nº 9.070, que não proibia a greve, mas impunha severas limitações, como o artigo 3º, que estabelecia como “atividades fundamentais” um rol gigantesco, com as greves nessas atividades tendo que passar por um processo burocrático maior.

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

Todavia, esse curto período democrático foi interrompido pelo Golpe Militar de 1964. A nova Constituição, a de 1967, estabeleceu no artigo 157, parágrafo 7, que: “não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”.

---

<sup>2</sup> LEONELLI, Dante. **Direito de greve**. Curitiba: Litero-Tecnica, 1958, p. 152.

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

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

## 2.2. Portugal

No direito português, a primeira disposição legal que previu diretamente a greve (e o lock-out) foi o art. 277 do Código Penal de 1852, que proibiu essas duas formas de manifestação. Apenas em 1910, o Decreto-lei de 6 de Dezembro revogou expressamente esse artigo do Código Penal, consagrando o direito de greve e de locaute e estabelecendo que “é garantido aos operários, bem como aos patrões, o direito de se coligarem para a cessação simultânea do trabalho”<sup>3</sup>. O Decreto também estabelecia a necessidade de aviso prévio para a eclosão da greve nos serviços de interesse público, com uma antecedência mínima de 8 dias para greve nos transportes e 12 dias para greves nos serviços de eletricidade, água e serviços de saúde.

Esse direito, instituído pelo Decreto de 1910, foi afastado pelo Decreto n.º 13.138, de 15 de Fevereiro de 1927. Este diploma revogou expressamente o anterior, mas não estabeleceu qualquer incriminação

---

<sup>3</sup> PINTO, Mário. **O direito perante a greve**. Análise social : revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. - Lisboa, ISSN 0003-2573, ZDB-ID 434001-2. - Vol. 4.1966, p. 48-73. P. 61

ao movimento paredista, ou seja, a greve deixou de ser um direito, mas não era punida criminalmente<sup>4</sup>.

Já na Constituição do Estado Novo de 1933, da ditadura de Salazar, foram incluídas duas disposições referentes à greve. Estabeleceu o art. 39 da Constituição que “nas relações entre o capital e o trabalho não é permitida a suspensão de atividades por qualquer das partes com o fim de fazer vingar os respectivos interesses”. Já no que diz respeito os serviços públicos, estabeleceu no art.º 26 que “a suspensão concertada de serviços públicos ou de interesse coletivo importará a demissão dos delinquentes, além de outras responsabilidades que a lei prescrever”<sup>5</sup>.

Após a Revolução dos Cravos de 1974, com a derrubada da ditadura de Salazar, a nova Constituição proclamada de 1976 reconheceu o direito de greve.

### 3. Conceitos de greve e greve política

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

É importante deixar claro qual o conceito de greve e de greve política que utilizaremos nesse artigo. Um dos principais desafios em conceituar um movimento dessa natureza é o perigo em delimitar o exercício do direito de greve. Muitos juristas imersos no mundo

---

<sup>4</sup> PINTO, Mário. **O direito perante a greve**. Análise social : revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. - Lisboa, ISSN 0003-2573, ZDB-ID 434001-2. - Vol. 4.1966, p. 48-73. P. 62

<sup>5</sup> PINTO, Mário. **O direito perante a greve**. Análise social : revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. - Lisboa, ISSN 0003-2573, ZDB-ID 434001-2. - Vol. 4.1966, p. 48-73. P. 63

normativo esquecem as raízes espontâneas e sociais do movimento grevista e delimitam a definição de greve aos limites legais, o que não faz sentido, como observamos no capítulo histórico, já que a greve existe independente das leis sobre ela.

### 3.1. Greve

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

Na conceituação de Arnaldo Süssekind, por exemplo, greve:

[...] constitui meio de pressão contra os empregadores ou as associações representativas de determinados empresários, para que negociem de boa-fé com os correspondentes sindicatos de trabalhadores, tendo por fim a adoção ou revisão de condições de trabalho, por meio de convenções, contratos ou acordos coletivos<sup>6</sup>.

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

Para Alexandre de Moraes:

[...] a greve pode ser definida como um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com fim de defender interesses determinados<sup>7</sup>.

Nessa conceituação, a greve necessariamente deve ocorrer pela abstenção do trabalho, o que exclui os tipos de greve em que a

---

<sup>6</sup> SUSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 1082.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas 2005, p. 186.

cadeia produtiva é prejudicada sem necessariamente a paralisação do trabalho, como a greve de zelo e a greve ativa.

Já para Maria do Rosário Palma Ramalho, greve consiste na “abstenção coletiva e concertada da prestação de trabalho por um conjunto de trabalhadores com vista à satisfação de objetivos comuns”<sup>8</sup>.

Ou seja, a greve necessariamente tem que ser realizada por uma abstenção coletiva, ignorando também as greves de zelo e greves ativas.

Por fim, analisa-se as conceituações consideradas acertadas de greve. De acordo com Antonio Monteiro Fernandes, a greve deve ser reconhecida como um conceito jurídico “flexível”, na medida em que nela se devem incluir o maior número de condutas que, com o evoluir da sociedade e da complexidade das relações laborais, foram sendo reconhecidas como comportamentos grevistas<sup>9</sup>.

Nesse sentido, Arion Sayão Romita sustenta que a greve é uma abstenção coletiva do trabalho deliberada por uma pluralidade de trabalhadores (do setor privado ou público) para a obtenção de um fim único<sup>10</sup>.

Por fim, a definição escolhida, a mais ampla e, conseqüentemente, a mais acertada, é a de Francisco Gerson Marques de Lima que preleciona que “a greve é um meio de autodefesa de um grupo social específico (os trabalhadores), além de funcionar como instrumento de pressão voltado a reivindicações coletivas”<sup>11</sup>.

### 3.2. Greve Política

Tendo feito essa delimitação conceitual de greve, é necessário

---

<sup>8</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, **Tratado de Direito do Trabalho – Parte III**, Almedina, 2.ª edição, 2015, p. 439.

<sup>9</sup> FERNANDES, António Monteiro, 2013. **A Lei e as Greves**, Almedina, Coimbra. P.21.

<sup>10</sup> ROMITA, Arion Sayão (coord). **Sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1986.

<sup>11</sup> LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Greve: Um direito antipático**. Fortaleza: Premius, 2014, p. 25.

delimitar greve política.

Cristiano Paixão conceitua greve política como um movimento em que: [...] pode ser questionada a política de pessoal de uma empresa ou pode ser explicitada a contrariedade a uma determinada política econômica do país. Além disso, ela pode ser um instrumento de contestação política, ao concentrar demandas por mudanças no sistema político, na condução das políticas públicas ou mesmo ser direcionada contra um ou mais governantes<sup>12</sup>.

Já para Carlos López-Monís, a greve política é aquela dirigida contra os poderes públicos para conseguir determinadas reivindicações. Esse conceito inclui as greves revolucionárias ou insurrecionais, que são gerais, as greves políticas puras, que podem ser gerais ou parciais, e as greves de imposição econômico-política ou mistas, nas quais as motivações estão mescladas.<sup>13</sup>

Sobre a dificuldade em conceituar greve política, é primordial trazer a reflexão de Evaristo de Moraes Filho, que preleciona ser impossível delimitar e distinguir, com precisão, o que seria uma greve política ou greve profissional. Segundo o autor, no mundo moderno, as interferências são tais entre o político, o econômico e o social, que se torna muitas vezes difícil traçar a linha de demarcação entre esses tipos de greve.<sup>14</sup>

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

---

<sup>12</sup> PAIXÃO, Cristiano. **Reforma trabalhista e direito de greve no Brasil**. 2016. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-trabalhista-e-direito-de-greve-no-brasil-27072016>>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

<sup>13</sup> MONÍS, Carlos López. **O direito de greve: Experiências Internacionais e doutrina da OIT**. São Paulo: LTR, 1986, p. 30

<sup>14</sup> MORAIS FILHO, Evaristo de. **Direito de Greve**. In: Revista LTr Julho/86. São Paulo: LTr, 1986, p. 776.

ainda que no fundo sejam políticos.<sup>15</sup> O contrário também é válido, há conflitos aparentemente trabalhistas, mas com claros conteúdos políticos, de modo que essa demarcação de fronteiras entre político e econômico é imprecisa. Na verdade, a greve, por sua natureza, não é só um fato social e jurídico, mas também – e essencialmente – é uma manifestação política, ideológica, de consciência dos seus promovedores, de reação ao poder do empregador<sup>16</sup>, sendo uma manifestação em que a classe dos trabalhadores, efetivamente, se encontra como classe. Portanto, qualquer conceituação de greve política acaba sendo falha ou insuficiente. Para fins de delimitação do trabalho, a conceituação ampla de Cristiano Paixão será utilizada quando nos referirmos a greves políticas.

#### **4. Tratamento legal e jurisprudencial da greve política**

Por fim, após contextualizar historicamente o caminho da transformação da greve no Brasil e em Portugal e delimitar os principais termos desse trabalho, passa-se a analisar o tratamento legal e jurisprudencial dado às greves políticas no Brasil e em Portugal.

##### **4.1. Brasil**

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

---

<sup>15</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 300.

<sup>16</sup> LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Greve : Um direito antipático**. Fortaleza: Premius, 2014, p. 32

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

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

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

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

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

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

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

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

O principal argumento utilizado no Brasil para declarar uma greve política como abusiva pode ser retirado do acórdão do TST relativo à Greve Geral de 2017 contra a Reforma Trabalhista:

Nesse contexto, tenho por abusiva a greve levada a efeito na qual as partes não podem solucionar previamente o conflito porque as reivindicações estão fora do alcance da negociação entre trabalhadores e empregadores alcançados pela paralisação. Na greve política, há impossibilidade material de que sejam frustradas as negociações<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RODC - 130-66.2017.5.11.0000. **Ação Declaratória de Abusividade de Greve**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.br>>

Ou seja, a greve é abusiva porque o patrão não tem como negociar ou solucionar o conflito que deu causa o movimento.

Esse argumento, que o TST utiliza reiteradamente para declarar abusiva as greves políticas, ignora a enorme influência que os grandes empresários têm no âmbito político. Nas palavras de Baboin: [...] mesmo através de uma análise superficial, percebe-se que não corresponde à realidade e à atual configuração de poderes a separação nítida entre economia e política ou entre Estado e Sociedade Civil; a influência empresarial nas mudanças das políticas governamentais é algo cotidiano; e é facilmente percebida através dos lobbys empresariais ou das concentrações de grupos de interesses econômicos nas diversas instâncias de poder, como é o caso, por exemplo, da bancada ruralista e da bancada industrial<sup>18</sup>.

Na própria greve geral de 2017, é possível perceber a influência do âmbito empresarial no político. Em 2017, The Intercept Brasil examinou as 850 emendas apresentadas por 82 deputados durante a discussão do projeto na comissão especial da Reforma Trabalhista. Dessas propostas de “aperfeiçoamento”, 292 (34,3%) foram integralmente redigidas em computadores de representantes da Confederação Nacional do Transporte (CNT), da Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF), da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e da Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística (NTC&Logística)<sup>19</sup>.

A investigação cita deputados que apresentaram sugestões desses grandes grupos empresariais na Comissão e que receberam doações dessas grandes empresas nas eleições. Julio Lopes (PP-RJ), Paes

---

[jus.br/#9d4cdac2631a31ea3f39bd5981c2d967](https://jus.br/#9d4cdac2631a31ea3f39bd5981c2d967)

<sup>18</sup> BABOIN, José Carlos de Carvalho. **O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil**. São Paulo, 2013. Dissertação (Mestrado em direito) - (FADUSP) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 64.

<sup>19</sup> MAGALHÃES, Alline. COSTA, Breno. LAMBRANHO, Lúcio. CHAVES, Rinaldo. **LOBISTAS DE BANCOS, INDÚSTRIAS E TRANSPORTES ESTÃO POR TRÁS DAS EMENDAS DA REFORMA TRABALHISTA**. 26 abril 2017. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>> Acesso em 14 jan 2020.

Landim (PTB-PI) e Ricardo Izar (PP-SP), por exemplo, que apresentaram sugestões da CNF na comissão, receberam doações de Itaú Unibanco, Bradesco, Santander, Safra, entre outras instituições financeiras<sup>20</sup>.

Fica claro, então, que os empregadores em questão ficaram sem mão de obra, ou seja, sofreram a greve, não em um conflito social em que estavam alheios, mas sim participando ativamente na elaboração e aprovação da Reforma.

## 4.2. Portugal

De acordo com o art. 57 da Constituição e o artigo 53 do Código do Trabalho, é garantido o direito de greve, competindo aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender, não podendo a lei limitar esse âmbito.

O movimento paredista, segundo Art. 531 do Código do Trabalho, é declarado pelas associações sindicais, sendo aprovado pela assembleia de trabalhadores, desde que expressamente convocada para o feito por 20% ou 200 trabalhadores da empresa. Estas assembleias só podem deliberar validamente sobre greve se a maioria dos trabalhadores participar na votação e a greve for aprovada pela maioria dos votantes.

Sobre a necessidade de aviso prévio, os artigos 534 e 537 do Código do Trabalho estabelecem que a greve deve ser comunicada ao empregador ou à associação de empregadores e ao ministério responsável pela área laboral, por meios idôneos, nomeadamente por escrito ou através dos meios de comunicação social, com uma antecedência mínima de 5 dias úteis, para generalidade das empresas, e 10 dias úteis, “nas empresas que se destinam à satisfação de necessidades sociais impreteríveis”.

---

<sup>20</sup> MAGALHÃES, Alline. COSTA, Breno. LAMBRANHO, Lúcio. CHAVES, Rinaldo. **LOBISTAS DE BANCOS, INDÚSTRIAS E TRANSPORTES ESTÃO POR TRÁS DAS EMENDAS DA REFORMA TRABALHISTA**. 26 abril 2017. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>> Acesso em 14 jan 2020.

Por fim, sobre a possibilidade de greve política, o Tribunal Constitucional português decidiu no Acórdão n.º 15/2005 sobre a possibilidade desse tipo de movimento paredista. De acordo com o Tribunal:

“(...) O exercício legítimo ou lícito do direito à greve não depende de através dela os trabalhadores pretenderem atingir objectivos que estejam na disponibilidade da entidade patronal, isto é, que esta possa, querendo, por si só satisfazer; o recurso à greve é ainda lícito quando estejam em causa interesses sócio-profissionais dos trabalhadores de carácter mais geral, mormente quando está iminente a emissão de legislação que possa afectar a condição social e económica dos trabalhadores, podendo estes recorrer à greve como forma de pressionar os poderes instituídos a não orientar a produção legislativa num determinado sentido ou a reivindicar um determinado sentido, desde que essa exigência ou o objectivo a prosseguir não seja constitucionalmente impróprio e caiba no complexo de interesses que tem reconhecimento e tutela na disciplina constitucional das relações económicas e laborais.

O que não pode de alguma forma sufragar-se é que o exercício legítimo ou lícito do direito à greve dependa de a entidade patronal estar em condições de satisfazer os objectivos da greve, pois que tal implicaria estabelecer um limite aos interesses a defender através da greve, o que a lei constitucional não admite sequer que a lei ordinária estabeleça e, logo, que nesse sentido seja interpretada”<sup>21</sup>

Ou seja, há a possibilidade de greves políticas, principalmente se essas reivindicações políticas estiverem de alguma forma relacionadas a reivindicações profissionais.

No caso da greve julgada, por exemplo, trabalhadores portugueses estavam se manifestando contra mudanças no Código do Trabalho português, havendo um óbvio interesse profissional

---

<sup>21</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 15/2005**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/3462897/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>

envolvido nessa manifestação.

É interessante perceber que, enquanto o Tribunal Constitucional português julgou a greve em questão sobre uma mudança no código trabalhista português como legal, o Tribunal Superior do Trabalho julgou a Greve Geral contra a Reforma Trabalhista de 2017 como abusiva.

## **5. Considerações finais**

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

Assim, um estudo de Direito Comparado relacionado ao Direito do Trabalho se torna imprescindível. Principalmente se o tema for relacionado à principal forma que os trabalhadores têm em mãos para lutar contra injustiças: a greve. No trabalho em questão, o tipo de greve estudada é a greve política.

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

No que diz respeito à positivação da greve, apenas o Brasil possui uma lei para regulamentar greves no âmbito público e privado. Já Portugal possui apenas algumas normas que regulam o exercício do movimento em seu Código do Trabalho.

Apesar da não existência de uma lei especificamente para regular o direito de greve, os pré-requisitos para a deflagração do movimento em Portugal são mais pesados, havendo um quórum legal estabelecido

em lei para a deflagração de uma greve, o que não ocorre no Brasil, e uma necessidade de aviso prévio com longa antecedência, chegando a 10 dias para empreendimentos de serviços essenciais.

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

Já em Portugal, caso a greve política tenha algum tipo de relação com reivindicações profissionais, essas greves são legais. O destinatário do movimento não necessita ser necessariamente o empregador.

Por fim, percebe-se que o direito de greve português, apesar de ser mais burocrático que o brasileiro, aceita as greves políticas como uma forma legítima de manifestação dos trabalhadores, respeitando os seus ditames constitucionais.

## Referências

- BABOIN, José Carlos de Carvalho. **O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil**. São Paulo, 2013. Dissertação (Mestrado em direito) - (FADUSP) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RODC - 130-66.2017.5.11.0000. **Ação Declaratória de Abusividade de Greve**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#9d4cdac2631a31ea3f39bd5981c2d967>>
- FERNANDES, António Monteiro, 2013. **A Lei e as Greves**, Almedina, Coimbra.
- LEONELLI, Dante. **Direito de greve**. Curitiba: Litero-Tecnica, 1958.
- LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Greve : Um direito antipático**. Fortaleza: Premius, 2014.

MAGALHÃES, Alline. COSTA, Breno. LAMBRANHO, Lúcio. CHAVES, Rinaldo. **LOBISTAS DE BANCOS, INDÚSTRIAS E TRANSPORTES ESTÃO POR TRÁS DAS EMENDAS DA REFORMA TRABALHISTA.** 26 abril 2017. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>> Acesso em 14 jan 2020.

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

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

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

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

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

PINTO, Mário. **O direito perante a greve.** Análise social : revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. - Lisboa, ISSN 0003-2573, ZDB-ID 434001-2. - Vol. 4.1966.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 15/2005.**

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, **Tratado de Direito do Trabalho – Parte III,** Almedina, 2.ª edição, 2015.

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

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

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

# Capítulo 09

## ANÁLISE COMPARATIVA DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO POR MEIO DE VIDEOVIGILÂNCIA NO AMBIENTE LABORAL NO BRASIL E ESPANHA

Maria Ervanis Brito<sup>1</sup>

**Resumo:** O mundo do trabalho passa por transformações, especialmente, em razão das novas tecnologias que mudam o modo de produção, a forma de organização do ambiente de trabalho e interferem, inclusive, na forma de exercício do poder diretivo patronal. A pesquisa traz reflexões acerca da inserção de recursos tecnológicos de gravação de imagens no meio ambiente de trabalho, sob a perspectiva de sua extensão e limites. O texto traz uma análise comparada da inserção de sistemas de videovigilância no exercício do poder diretivo do empregador no direito brasileiro e espanhol. Trata da expressão e dos limites do poder diretivo face aos direitos dos trabalhadores à privacidade e à intimidade nos dois países em análise. O estudo apresenta, por fim, as semelhanças e dessemelhanças entre o sistema jurídico espanhol e brasileiro de proteção de dados pessoais quando aplicados como forma de controle das relações de trabalho no espaço laboral.

**Palavras-chave:** Poder diretivo. Direito do Trabalho. Videovigilância.

### 1. Introdução

O presente trabalho se propõe a fazer um estudo comparado do controle patronal por videovigilância no Brasil e na Espanha, observando até que ponto esses sistemas jurídicos se assemelham e se

---

<sup>1</sup> Auditora Fiscal do Trabalho. Aluna do doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

diferenciam no que se refere ao tratamento dado à questão central: os limites do poder diretivo patronal diante da preservação da intimidade, privacidade, imagem e dados de seus empregados, em conformidade com os sistemas jurídicos de cada país.

A pesquisa tem por objeto específico o uso de sistemas de videovigilância no ambiente laboral, prática que vem sendo aplicada por empregadores na maioria dos países do mundo. Em alguns países, o estudo sobre os limites dessa prática empresarial, que visa ao exercício efetivo de seu poder diretivo, vem se desenvolvendo de forma mais avançada, quer seja pela produção mais profícua de marcos normativos sobre o tema, quer seja por meio do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial mais atento à questão. A Espanha, país escolhido para análise comparativa, é um bom exemplo de país que caminha nesse rumo, ao sedimentar marcos normativos avançados quanto à proteção dos direitos de personalidade dos trabalhadores diante do uso desse recurso fiscalizatório no meio ambiente laboral.

Justifica-se, ainda, a escolha de um país da Europa, visto que o direito europeu de proteção de dados foi fonte de inspiração para a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, Lei 13.709/2018.

Em virtude de seu caráter global, o estudo do assunto, por meio do direito comparado, pode revelar-se bastante proveitoso, possibilitando a compreensão do fenômeno para além das fronteiras internas, enriquecendo o debate acerca de um tema atual, multifacetado e de larga abrangência no mundo do trabalho.

Com o propósito de cumprir o objetivo proposto no presente estudo, utiliza-se a investigação bibliográfica e documental. E, como método comparativo, o sistema de comparação horizontal, que, na classificação elaborada por Caio Mário da Silva Pereira, é o método no qual o pesquisador comparatista se vale do confronto no mesmo plano horizontal dos sistemas que lhe interessam, para tirar as suas conclusões quanto ao bom ou mau tratamento do tema, para se valer da experiência alheia, para melhorar o seu direito nacional.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> PEREIRA. Caio Mário da Silva. Direito Comparado e o seu estudo. **Revista da**

## 2. Poder diretivo do empregador: expressão e limites

A doutrina clássica do direito do trabalho elaborou um delineamento teórico preciso dos elementos componentes de determinadas relações de trabalho, para que essas relações pudessem receber do ramo juslaboral sua proteção. Assim, construiu sua estrutura teórica com base em uma relação livre (em oposição às relações escrava e servil), mas, ao mesmo tempo, dependente, tendo no elemento dependência/subordinação uma de suas maiores referências.

Além de outros elementos que compõem a matriz da relação predominante do direito do trabalho, qual seja, a relação de emprego, o que se identifica como seu elemento central é o estado de dependência que mantém o trabalhador em relação ao tomador de seus serviços, fazendo surgir para este, em contrapartida, um poder de dirigir essa prestação de serviços, e, em consequência desse poder, em caso de descumprimento de suas ordens, o poder, inclusive, de aplicar penalidades, demonstrando, assim, o perfil hierárquico imanente a essa relação.

Süssekind ensina que *“a situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes.”*<sup>3</sup> Restando existentes a partir da subordinação, para o empregador, os direitos de direção e comando, de controle e de aplicação de penalidades.

O poder diretivo, status que decorre do contrato de trabalho, tem como fundamentos constitucionais os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual e apresenta como uma de suas finalidades a proteção ao direito fundamental de propriedade.

Para Mascaro Nascimento, na relação de emprego, o poder diretivo corresponde ao outro lado da moeda, sendo o trabalhador o

---

**Faculdade de Direito.** V. 7, 1955. ISSN Eletrônico: 1984-1841. ISSN Impresso: 03042340. P.40.

<sup>3</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. (et al.). **Instituições de Direito do Trabalho.** Volume 1. 21 ed. Atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. P. 243.

sujeito subordinado da relação, tem o empregador direito, não sobre sua pessoa, mas sobre o modo como sua atividade deve ser exercida.<sup>4</sup> Orlando Gomes e Elson Gottschalk ponderam que: “O direito de direção geral permite ao empregador utilizar a força de trabalho do empregado no melhor interesse da empresa.”<sup>5</sup>

Assim, decorre do poder patronal o poder fiscalizatório ou de controle, que, segundo Godinho, “seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetiva ao longo de espaço empresarial interno.”<sup>6</sup> Augusto César Leite de Carvalho, sob um viés pragmático, assegura que o “poder diretivo *stricto sensu* é a capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador”. Conclui que essa expressão do poder de comando é o “exato contraponto da subordinação”.<sup>7</sup>

Por certo que o avanço tecnológico trouxe mudanças também para o modo de controlar a atividade laboral, com uso, entre outros mecanismos, de cartões magnéticos, sensores de revista, monitoramento de computadores e e-mails e instalação de circuitos de captação de imagens e sons nos locais de trabalho. E essas mudanças fizeram-se acompanhar da dúvida quanto aos exatos limites a essa prerrogativa empresarial.

Melhado esboça preocupação quanto ao uso das novas tecnologias no exercício do poder de controle do empregador. Para ele, “o uso das novas tecnologias no aprimoramento dos sistemas de controle e vigilância radicaliza o desequilíbrio de poder nas relações entre capital e trabalho e aprofunda o estado de sujeição do trabalhador.

---

<sup>4</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 620.

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. Gottschalk, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 70.

<sup>6</sup> DELGADO, Mau rício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003. P. 629.

<sup>7</sup> CARVALHO, Augustro César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018. P. 138.

Uma nova sujeição que vai para além da dimensão profissional do trabalho: alcança-o em sua personalidade.”<sup>8</sup>

A questão que se apresenta é, de um lado, o poder diretivo do empregador, com esteio em seu direito de propriedade, e, do outro, o direito à inviolabilidade da intimidade e vida privada do empregado. E a solução para a questão encontra-se na ponderação de tais direitos, já que as liberdades fundamentais, conforme a melhor doutrina, a exemplo de Virgílio Afonso da Silva, gozam de uma ampla proteção, ainda que *prima facie*. Por consequência dessa amplitude protetiva surge uma tendência ao aumento da colisão entre esses direitos. Assim, a solução para essas colisões dá-se por meio da restrição desses direitos.<sup>9</sup> Restrição a ser estabelecida por meio do juízo de ponderação dos valores veiculados em cada um dos direitos em rota de colisão.

Assim, nas relações laborais, os direitos fundamentais também se apresentam como direitos *prima facie*, podendo ocorrer o juízo de ponderação e valoração tanto no âmbito legislativo como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto.<sup>10</sup>

Desta forma, é indiscutível que o empregado, ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, sofre limitações aos seus direitos de personalidade, especialmente privacidade e intimidade. No entanto, não significa aceitar que o poder patronal dê-se de modo a ferir a dignidade do trabalhador. O status de subordinado do empregado não o coloca em posição de não gozar de tutela de sua privacidade e intimidade no local de trabalho, pois, do contrário, estar-se-ia diante de abuso desse poder patronal.

---

<sup>8</sup> MELHADO. Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: Relações de Poder, Reforma do Judiciário e Competência da Justiça Laboral. São Paulo: LTr, 2006. P. 163.

<sup>9</sup> SILVA. Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. Ed. 4. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. P. 253.

<sup>10</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 1.274.

### 3. Exercício do poder diretivo patronal por meio de videovigilância no Brasil

O sistema de videovigilância é, por definição, uma estrutura de captação de imagens, processada em um espaço concreto, que podem ser visualizadas, gravadas e/ou reproduzidas.<sup>11</sup> Desse modo, deve tal estrutura servir a fins concretos e justificados.

A captação de imagens das pessoas por meios digitais é um dado de caráter pessoal, devendo, portanto, aplicar-se a esse respeito as garantias inerentes ao direito à intimidade, à imagem, à honra, constituindo-se em direitos fundamentais irrenunciáveis que devem ser garantidos, inclusive, no ambiente laboral.

A fiscalização do ambiente laboral no Brasil por meio de câmeras é uma prática aceita tanto pela doutrina como pela jurisprudência, desde que, por óbvio, respeitadas alguns limites e condições. As limitações ao uso e tratamento de dados obtidos dos empregados por meio do monitoramento de câmeras foram sendo construídas a partir do que se compreendia como ofensa ou não aos direitos fundamentais dos trabalhadores à sua intimidade, privacidade e honra, não havendo até bem pouco tempo um marco legal sobre a questão.

O Estado brasileiro só recentemente passou a dispor de um marco legal para regulamentar o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais de qualquer cidadão. Em 14/08/2018, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, Lei 13.709/2018, vindo a entrar em vigor dois anos depois, em 18/09/2020. A LGPD garante maior controle dos cidadãos sobre suas informações pessoais, exigindo consentimento explícito para coleta e uso de dados obtidos por qualquer meio, inclusive por meio eletrônico, informático de som e

---

<sup>11</sup> Conforme Carlos Berlanga de La Pascua, in **Grabar a los empleados puede vulnerar su derecho a la intimidad y a la protección de datos. Análisis Jurisprudencial y Requisitos**. In <https://elderecho.com/los-limites-la-videovigilancia-laboral>. Acesso em 26/10/2020.

imagem. Sua aplicação dá-se em todos os setores da vida em sociedade e em todos os campos do direito, sempre que houver coleta de dados de terceiros, inclusive nas relações de trabalho.

A LGPD brasileira preenche um vazio normativo quanto às questões envolvendo coleta, armazenamento e uso de dados, sendo esses digitais ou não. Com a finalidade de proteger liberdades e direitos fundamentais e segurança jurídica dos partícipes das relações em que haja uma dessas ações: coleta, armazenamento e/ou uso de dados dos cidadãos, a nova Lei de Proteção de Dados em vigor estabelece regras de proteção de dados pessoais e critérios quanto ao seu tratamento. Sua finalidade precípua é de proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural:

Lei 13.709/2018 - Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Visando a atingir o objetivo estampado em seu artigo primeiro e a alcançar a ponderação valorativa dos bens jurídicos a preservar nas relações tratadas pela Lei, a LGPD brasileira tem por fundamentos, entre outros: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa, por meio da qual deve o titular dos dados pessoais ter controle, ou, pelo menos, transparência quanto à destinação dada às suas informações pessoais; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência; os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Além desses fundamentos, a Lei 13.709/2018 estabelece os princípios da boa-fé; da finalidade (tratamento de dados para fins legítimos, específicos e informados ao titular); adequação (compatibilidade do tratamento dos dados com as finalidades

informadas ao titular); necessidade (o tratamento de dados deve limitar-se ao mínimo necessário para realização de suas finalidades); livre acesso aos dados pelo titular; transparência (garantia aos titulares de informações claras, precisas, facilmente acessíveis) e não discriminação (não podendo os dados ser usados para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos).

Eis, em síntese, os fundamentos e princípios do novo marco normativo para o uso de dados dos cidadãos, que, embora não haja menção direta na LGPD sobre sua aplicação às relações de trabalho, é plenamente aplicável nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual das relações empregatícias.

Como o objeto do presente estudo é especificamente o exercício e limites do poder diretivo patronal por meio de videovigilância, trataremos somente da fase da proteção de dados extraídos e tratados por esse meio tecnológico na fase contratual no direito brasileiro.

A Lei 13.709/2018 não goza de tempo suficiente para que se possa fazer análise quanto à sua aplicação às relações em geral, e, em particular, aos contratos de trabalho, vez que sua vigência iniciou somente em 18/09/2020. Assim, a análise, objeto do presente estudo, faz-se a partir do que foi construído nos últimos anos no Brasil pelas normas constitucionais, infraconstitucionais gerais e especiais trabalhistas, doutrina e jurisprudência.

A Consolidação das Leis do Trabalho não se ocupou muito dos direitos da personalidade. São poucas as referências, como a discreta menção à ofensa à honra e boa fama como hipótese de justa causa para rescisão do contrato de trabalho, no art. 482, alínea j, e no art. 483, alínea e, e a proibição de revistas íntimas, no art. 373-A, inciso IV, introduzido pela Lei n. 9.799/99.

A Constituição de 1988, no inciso X, do artigo 5º, assegura a todos os seres humanos os direitos fundamentais à vida privada e à intimidade. O poder diretivo do empregador, por sua vez, é prerrogativa assegurada pelo legislador ordinário no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, do qual decorre o poder de controlar e fiscalizar a

prestação pessoal de serviços.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 187, estabelece que *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

As soluções para as questões envolvendo de um lado o poder de fiscalização do empregador e do outro a honra, privacidade, intimidade e imagem, foram sendo guiadas no direito brasileiro pelo juízo de ponderação. Conforme Flávia Moreira Guimarães Pessoa, nessa ponderação *“são extraídos critérios para o reconhecimento da licitude ou ilicitude da instalação das câmeras de vigilância. Por exemplo, a colocação de tais câmeras em áreas de congraçamento dos empregados, ou mesmo em banheiros, ofende o direito à intimidade.”*<sup>12</sup>

Mascaro Nascimento entende que os avanços tecnológicos fizeram eclodir novos meios de controle adotados pelas empresas, mas que os princípios trabalhistas aplicáveis são os mesmos, tendo como regra o respeito à dignidade e à privacidade das pessoas e as exigências de segurança e organização figuram como exceções.<sup>13</sup>

Alice Monteiro de Barros, na mesma linha de Mascaro Nascimento, entende que o uso de aparelhos audiovisuais pelo empregador para o controle da prestação de serviços decorre do avanço tecnológico e que pode ser esse de grande valor como instrumento probatório na avaliação da conduta do trabalhador. Deixa claro, no entanto, os limites do exercício desse poder, por meio de restrição ao uso desses recursos em locais que são privados por natureza ou que se destinam ao descanso do empregado, como, por exemplo, em banheiro ou cantina.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho: uma abordagem à luz dos direitos fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. P. 74.

<sup>13</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P.624.

<sup>14</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006. P. 569.

Nesse sentido vem entendendo a jurisprudência brasileira. Em várias decisões, o Tribunal Superior do Trabalho considera legítima a expressão do poder diretivo por meio de videovigilância, com os limites que visam a garantir a privacidade e intimidade dos trabalhadores, como em casos de condenação por danos morais, decorrentes de instalação de câmeras de vigilância em banheiros/vestiários da empresa.<sup>15</sup> Entendendo assim aquele Tribunal como violada a privacidade dos trabalhadores, causando-lhes constrangimento e intimidação ao utilizar o vestiário sob a supervisão de câmeras de filmagem. Entendendo abusiva a conduta do empregador, conforme artigo 187 do Código Civil, configurando-se ato ilícito, sob o fundamento de que o poder diretivo não autoriza a instalação de câmera de segurança em vestiários dos empregados.<sup>16</sup>

Em decisão unânime de 11/09/2020, no processo (RR-21162-51.2015.5.04.0014), a primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho, seguindo a tendência do Tribunal, entendeu legítima a instalação de câmeras:

“Para a Turma, o monitoramento no ambiente de trabalho, sem qualquer notícia a respeito de excessos, como a utilização de câmeras espãs ou a instalação em recintos destinados ao repouso ou que pudessem expor

---

<sup>15</sup> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. DANOS MORAIS. INSTALAÇÃO DE CÂMERAS EM BANHEIROS/VESTIÁRIOS. TRANSCENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. Pretensão recursal de ver reduzida a condenação ao pagamento de indenização de R\$ 5.000,00 por danos morais , decorrentes de instalação de câmeras de vigilância nos banheiros/vestiários da empresa. O exame prévio dos critérios de transcendência do recurso de revista revela a inexistência de qualquer deles a possibilitar o exame do apelo no TST. A par disso, irrelevante perquirir a respeito do acerto ou desacerto da decisão agravada, dada a inviabilidade de processamento, por motivo diverso, do apelo anteriormente obstaculizado. Agravo de instrumento não provido" (AIRR-1606-81.2017.5.08.0014, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 28/08/2020). Disponível em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#59faac343f37fd224a74d96a7014431a>. Acesso em 09/11/2020.

<sup>16</sup> Recurso de revista conhecido e provido" (RR-24457-06.2017.5.24.0003, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 25/10/2019). Disponível em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#59faac343f37fd224a74d96a7014431a>. Acesso em 09/11/2020.

a intimidade dos empregados, como banheiros ou vestiários insere-se no poder fiscalizatório do empregador.<sup>17</sup>

Desse modo, mesmo legitimada pelo legislador ordinário, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a fiscalização patronal encontra limites nos direitos de personalidade do trabalhador, especialmente nos direitos à privacidade e intimidade, honra e imagem, direitos fundamentais que visam, em última análise, a assegurar a dignidade humana, matriz principiológica do ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4. Exercício do poder diretivo patronal por meio de videovigilância na Espanha**

A Espanha adota um sistema de proteção de dados bem mais robusto e há bem mais tempo que o Brasil. A LOPD 15/1999 - ( Ley orgánica de protección de datos), em vigor desde 1999, já tratava da proteção de dados pessoais com ampla abrangência de situações e em caráter geral para todos os cidadãos. Mais recentemente, em 2018, a LOPD 15/1999 sofreu alterações visando a adaptar-se ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia 2016/679<sup>18</sup>, sendo sancionada a nova lei de proteção de dados daquele país, *Ley Orgánica*

---

<sup>17</sup> JUSTIÇA DO TRABALHO – Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/guest/-/fiscaliza%C3%A7%C3%A3o-de-empregados-por-meio-de-c%C3%A2meras-em-locais-coletivos-%C3%A9-considerada-l%C3%ADcita>. Acesso em 02/11/2020. No mesmo sentido as seguintes decisões do Tribunal Superior do Trabalho: (RR-1793-64.2016.5.12.0030, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 25/10/2019); (ARR-11286-09.2015.5.01.0062, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 06/09/2019).

<sup>18</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. Acesso em 01/11/2020.

*de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales 3/2018*<sup>19</sup>.

Em vigor a partir de 07/12/2018, a nova *Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales 3/2018*, traz em seu preâmbulo, item V, parte final, a necessidade de adequação à nova realidade espanhola de proteção de dados de algumas normas especiais, dentre elas, o Estatuto dos Trabalhadores, estabelecendo expressamente:

“Finalmente, y en relación con la garantía de los derechos digitales, también se introducen modificaciones en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, así como **en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.**”<sup>20</sup> (grifo não presente no original)

A nova LOPDPGDD, embora tenha caráter de norma geral, aborda diretamente os direitos dos trabalhadores em relação à videovigilância no local de trabalho. Em seu artigo 89, trata da questão da videovigilância no ambiente laboral, permitindo ao empregador o tratamento das imagens obtidas, mas, somente, para o exercício de suas funções de controle dos trabalhadores ou empregados públicos, segundo limites inerentes a esse poder, proibindo a instalação de dispositivos de videovigilância em locais destinados ao descanso ou entretenimento, tais como vestiários, locais de asseio, de alimentação e análogos. Impõe-se, ainda, prévia, expressa e clara informação acerca de seu uso.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales 3/2018. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>. Acesso em 01/11/2020.

<sup>20</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>. Acesso em 01/11/2020.

<sup>21</sup> Artículo 89. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. 1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el

Na esteira das mudanças normativas sobre o disciplinamento do sistema de videovigilância nas relações laborais, em 2015 foi aprovado por meio do Real Decreto Legislativo 2/2015, o texto revisado da Lei do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, que, em seu artigo 20, trata da direção e controle da atividade laboral, e, no artigo 20.3, estabelece que o empregador poderá adotar as medidas que estime mais oportunas de vigilância e controle para verificar o cumprimento pelo trabalhador de suas obrigações e deveres laborais, mas, devendo considerar, em todo caso, a dignidade do trabalhador. E, de forma específica, o artigo 20bis<sup>22</sup> trata do direito do trabalhador à intimidade no entorno digital,

---

ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica. 2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos. 3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Disponible em <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>. Acesso em 01/11/2020.

<sup>22</sup> **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral.** 1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. 2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario

ao estabelecer que:

**“Los trabajadores tienen derecho** a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y **a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.**” (grifos não presentes no original)

Para chegar a esse patamar de proteção de dados digitais dos trabalhadores monitorados por videovigilância, o Estado espanhol passou por dois episódios que o impulsionaram a esse avanço normativo em relação à questão.

O primeiro foi a sentença de 09 de janeiro de 2018 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH no caso *“En el asunto López Ribalda y Otros v. España”*<sup>23</sup>, no qual o TEDH condenou a Espanha pela permissividade judicial, ao admitir como prova em um processo de dispensa de empregados as imagens de sistema de videovigilância, sem haver cumprido o requisito da informação prévia, elemento esse reconhecido na própria legislação, conforme artigo 5, da Lei Orgânica de Proteção de Dados – (LOPD 15/1999). Nesta decisão restou o dever do Estado Espanhol de indenizar as trabalhadoras despedidas.

---

se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad. **Artículo 20 bis.** Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.” Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>. Acesso em 01/11/2020.

<sup>23</sup> A sentença proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *López Ribalda y Otros v. España* encontra-se disponível em: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429076136?blobhe>. Acesso em 01/11/2020.

A decisão do TEDH de 09 de janeiro de 2018 no caso “*López Ribalda y Otros v. España*” levou em consideração a posição do Tribunal Constitucional Espanhol em casos já enfrentados por aquele Tribunal (sentenças do Tribunal Constitucional Espanhol 186/2000; 29/2013 e 39/2016), demonstrando, por meio dessas decisões, a falta de uniformidade do Tribunal Constitucional quanto à questão da violação ou não dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

No primeiro caso (Sentença 186/2000), o Tribunal Constitucional entendeu que a adoção pela empresa de circuito fechado de câmeras para controlar determinados postos de trabalho (as câmeras apontavam somente para três caixas registradoras), mesmo sendo secreta a gravação da atividade laboral, encontrava-se justificada e proporcional.<sup>24</sup>

Na segunda decisão (Sentença 29/2013), o Tribunal Constitucional Espanhol considerou a violação do direito à proteção de dados de caráter pessoal do trabalhador, uma vez que se tratava de câmeras instaladas para supervisão laboral, sem que tenha havido informação ao trabalhador.<sup>25</sup>

Já na terceira decisão do Tribunal Constitucional da Espanha discutida na Sentença do TEDH de 09 de janeiro de 2018 no caso *López Ribalda y Otros v. España*, (Sentença do Tribunal Constitucional 36/2016), o Tribunal considerou válidas umas imagens que demonstram o descumprimento laboral de uma trabalhadora, ao entender cumprido o dever de informação aos trabalhadores do sistema de monitoramento por vídeo, apenas com afixação de cartaz “zona videovigiada”:

---

<sup>24</sup> Conforme relatório da sentença do TEDH no caso *López Ribalda y Otros v. España*, encontra-se referência ao teor da sentença 186/2000 do Tribunal Constitucional Espanhol, disponível em: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429076136?blobbe>. Acesso em 01/11/2020.

<sup>25</sup> Conforme relatório da sentença do TEDH no caso *López Ribalda y Otros v. España*, encontra-se referência ao teor da sentença 29/2013 do Tribunal Constitucional Espanhol, disponível em: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429076136?blobbe>. Acesso em 01/11/2020.

“...la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja).”<sup>26</sup>

O segundo fator a influenciar o avanço normativo no direito espanhol de proteção de dados foi a entrada em vigor do Regulamento UE 2016/679 (*Reglamento Del Parlamento Europeo y Del Consejo 2016/679*) em 27 de abril de 2016, que derogou a Diretiva 95/46/CE (*Reglamento General de Protección de Datos – RGPD*). Este Regulamento, no artigo 88, dispõe sobre as normas específicas que cada Estado membro pode desenvolver para proteção de dados nas relações laborais. O novo RGPD do Parlamento europeu determina que as normas a serem produzidas por cada Estado membro deverão garantir a proteção dos direitos e liberdades em relação ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores.

Nota-se, portanto, que o direito espanhol construiu uma estrutura normativa que garante o exercício do poder diretivo patronal por meio de videovigilância, ao mesmo tempo em que estabelece garantias de validade e licitude desse poder por meio de mecanismos que visam ao respeito dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

---

<sup>26</sup> Conforme relatório da sentença do TEDH no caso *López Ribalda y Otros v. España*, encontra-se referência ao teor da sentença 39/2016 do Tribunal Constitucional Espanhol, disponível em: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429076136?blobbe>. Acesso em 01/11/2020. P. 11

## 5. Análise comparativa do exercício da videovigilância patronal na Espanha e no Brasil

A análise comparativa do controle patronal por videovigilância no Brasil e na Espanha faz-se, nesse estudo, a partir das semelhanças e dassemelhanças encontradas entre esses dois sistemas jurídicos.

Inicialmente, é de se reconhecer que o sistema jurídico espanhol desenvolveu o tema da videovigilância no ambiente laboral há mais tempo e de forma mais farta que o sistema brasileiro. Por ser um país integrante da União Europeia, no âmbito da qual a discussão e normatização das questões atinentes à proteção de dados pessoais já vem sendo tratada há bastante tempo, desde 1995, com a Diretiva 95/46UE<sup>27</sup>, a Espanha tem por dever cumprir as diretrizes emanadas do Parlamento Europeu. O descumprimento do regramento da União Europeia pode, inclusive, ser objeto de demanda no Tribunal de Direitos Humanos europeu, caso suas diretrizes não sejam seguidas e isso importe em descumprimento dos direitos humanos, como ocorreu com a Espanha no caso *"En el asunto López Ribalda y Otros v. España"*.

Uma grande diferença é percebida entre a realidade brasileira e a europeia, e, em particular, espanhola no que pertine às questões tratadas nessa pesquisa. A União Europeia é bastante atuante quanto às relações jurídicas e econômicas de proteção de dados pessoais dos cidadãos europeus e impõe aos países membros diretivas comuns e, em caso de descumprimento, sanção aos países infratores, fazendo com que o ordenamento de cada país seja estimulado a produzir normas e dar-lhes eficácia em consonância com as orientações do Parlamento Europeu.

A Espanha, diferente do Brasil que não dispõe de norma específica sobre os trabalhadores em sua LGPD, trata, em sua lei geral de proteção de dados pessoais, diretamente dos direitos dos trabalhadores quando

---

<sup>27</sup> UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 95/46UE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em 11/11/2020.

monitorados por câmeras no ambiente laboral. O artigo 89 dispõe sobre a proibição de instalação de câmeras em locais destinados ao descanso ou entretenimento. Tais restrições, no caso brasileiro, vêm sendo construídas por meio de sua jurisprudência.

Diferente da Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha trata da direção e controle da atividade laboral de forma mais detalhada (artigo 20), dispõe sobre adoção de medidas estimadas mais oportunas de vigilância e controle pelo empregador para verificar o cumprimento das obrigações e deveres laborais, mas, com expressa consideração acerca da dignidade do trabalhador (art. 20.3) e, ainda, de forma expressa dispõe sobre a proteção à intimidade do trabalhador *frente al uso de dispositivos de videovigilancia* (art. 20bis).

Observa-se no direito espanhol e, também, no direito europeu uma grande preocupação com a necessidade de prévia e clara informação aos empregados de que os mesmos encontram-se sob o monitoramento de câmeras no ambiente de trabalho, fato pouco relevante no Brasil, cuja preocupação concentra-se nos locais onde as câmeras deverão ou não ser instaladas. Até antes da Lei 13.709/2018 (em vigor a partir de 18/09/2020), a doutrina e jurisprudência brasileiras tinham a tendência de limitar a discussão sobre a violação ou não dos direitos da personalidade dos trabalhadores monitorados por câmeras vinculando o debate apenas aos locais de sua instalação, sem se preocupar com a prévia e expressa informação aos trabalhadores.

Comum aos dois países em análise é a preocupação dos direitos de personalidade envolvidos no monitoramento de vídeos no ambiente de trabalho. Embora o ordenamento jurídico brasileiro não faça menção expressa aos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do trabalhador, como o faz o ordenamento espanhol, é pacífico no Brasil o entendimento do juízo de ponderação dos interesses no caso de conflito entre o direito fundamental de propriedade do empregador, manifestado por meio de seu poder diretivo por sistema de videovigilância e os direitos fundamentais de preservação da intimidade e privacidade dos trabalhadores.

O Direito Europeu, por meio do Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia), foi fonte de inspiração<sup>28</sup> para o novo marco normativo de proteção de dados pessoais da Lei 13.709/2018, que apresenta em muitas de suas disposições total similaridade com o Regulamento europeu. Ter conhecimento da experiência de um país membro da União Europeia enriquece o direcionamento que o Brasil terá quanto à aplicação do novo marco normativo às situações de videovigilância de trabalhadores no espaço laboral.

## 6. Considerações finais

É de salientar que as novas formas de exercício do poder diretivo do empregador, por meio de ferramentas tecnológicas cada vez mais invasivas, leva o estudioso do direito ao inevitável questionamento acerca da possível colisão entre essa faculdade patronal e o direito do trabalhador de salvaguarda de sua privacidade e intimidade e sobre os limites que se impõem ao poder de gestão, fiscalização e controle ínsito ao poder diretivo patronal. Questão que permeia o meio ambiente laboral de forma global, vez que o exercício do controle laboral por meio de videovigilância é cada vez mais usado em todo o mundo e, em virtude disso e da preservação de interesses em jogo, apresenta-se como fonte de constantes debates para além dos limites do sistema jurídico interno.

Ademais, como acentua José de Oliveira Ascensão, “o conhecimento de ciências alheias em condições culturais semelhantes é muito útil à Ciência Jurídica.” Enfatiza o autor que “os grandes temas científicos são frequentemente comuns, ou porque derivam da natureza das coisas ou porque refletem um dado normativo análogo.”

---

<sup>28</sup> Ver a respeito da similaridade entre a LGPD brasileira e o Regulamento Europeu de Proteção de Dados em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/lgpd-versao-brasileira-gdpr-dados-pessoais>.

Por fim, conclui o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que “a meditação das soluções propostas em países de maior vitalidade científica proporciona-nos numerosas oportunidades de progresso.”<sup>29</sup> Dessa perspectiva reflexiva do direito comparado se extrai a oportunidade do direito nacional progredir a partir do diálogo com culturas jurídicas estrangeiras.

## Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Sistemas Atuais de Direito**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, n. 17, 1976. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/763/710>. P.7/32.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018. P. 138.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>. Acesso em 01/11/2020.

ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>. Acesso em 01/11/2020.

GOMES, Orlando. Gottschalk, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JUSTIÇA DO TRABALHO – Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/guest/-/fiscaliza%C3%A7%C3%A3o-de-empregados->

---

<sup>29</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Sistemas Atuais de Direito**. **Sistemas Atuais de Direito**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, n. 17, 1976. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/763/710> P. 7/32. P. 08.

por-meio-de-c%C3%A2meras-em-locais-coletivos-%C3%A9-considerada-l%C3%ADcita. Acesso em 02/11/2020.

MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do Capital e do Trabalho**: Relações de Poder, Reforma do Judiciário e Competência da Justiça Laboral. São Paulo: LTr, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Comparado e o seu estudo**. Revista da Faculdade de Direito. V. 7, 1955. ISSN Eletrônico: 1984-1841. ISSN Impresso: 03042340.

PASCUA, Carlos Berlanga de la. in **Grabar a los empleados puede vulnerar su derecho a la intimidad y a la protección de datos. Análisis Jurisprudencial y Requisitos**. In <https://elderecho.com/los-limites-la-videovigilancia-laboral>. Acesso em 26/10/2020.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho: uma abordagem à luz dos direitos fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

SERPRO. <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/lgpd-versao-brasileira-gdpr-dados-pessoais>. Acesso em 11/11/2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. Ed. 4. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. Volume 1. 21 ed. Atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 95/46UE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em 11/11/2020.

UNIÃO EUROPEIA. REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. Acesso em 01/11/2020.



# Capítulo 10

## O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E NOS EUA: UMA COMPARAÇÃO NECESSÁRIA PARA DESMISTIFICAR A SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO TRABALHISTA ESTATAL EM SOLO NORTE-AMERICANO

Rafael Henrique Dias Sales<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem a finalidade de realizar um estudo comparado do sistema de direito do trabalho no Brasil e nos EUA, em especial, da forma de criação de normas estatais. A comparação se torna relevante em um cenário onde não raras vezes os discursos políticos de membros do Poder Legislativo brasileiro, além de outros atores sociais, acabam buscando importar situações que são narradas de uma forma, mas que em termos práticos ocorrem de outra maneira, no país norte-americano. É comum, nesse tipo de debate, afirmações como “nos EUA não há CLT, por isso a economia funciona”. Este tipo de afirmação, fruto de um pensamento liberal, que teve forte voz no início do direito do trabalho norte-americano, não mais ecoa em tempos atuais, e isso será abordado no estudo. Ademais, para que o leitor possa ter um contato mais realista com a comparação a ser feita, o estudo é iniciado com um paralelo entre os macrossistemas jurídicos dos dois países, o Brasil escudado na *civil law* e os EUA na *common law*. Serão demonstrados os principais caminhos que aproximam e afastam o acesso entre as duas realidades jurídicas. Para isso, foi feito um breve resgate histórico, em especial da formação do direito norte-americano, a partir da bibliografia sobre a temática. Foi utilizado o método dedutivo, a partir da análise de todo o material coletado na pesquisa, para se chegar às considerações apresentadas ao final.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. E-mail: rafael@salesefreetasadvocacia.com.br

**Palavras chave:** Direito do Trabalho no Brasil e EUA. Direito Comparado do Trabalho. Macrossistema da *civil law* e da *common law*. Mitos e verdades. Criação de normas.

## 1. Introdução

Em debates políticos que ocorrem em qualquer lugar do país, em quaisquer setores sociais, é muito comum vir à tona o discurso de que o Brasil só conseguirá ser um país do chamado “primeiro mundo”, quando tiver regras trabalhistas iguais aos Estados Unidos da América – EUA. O grande problema destes debates é que são realizados com base em argumentos retirados de publicações que muitas vezes não possuem qualquer sustentáculo científico, não tendo os debatedores o cuidado de checar as informações, até por quê, muitas vezes, as informações não são fáceis de checar, posto que se trata do direito do trabalho de outro país, mas isso não tem impedido o repasse destas informações, que em várias ocasiões não são verdadeiras. O fato é que há muita falácia e deslocamento de dados quando se tenta comparar o sistema jurídico trabalhista brasileiro com o sistema jurídico trabalhista norte-americano.

Como já dito, essa temática é importante de ser enfrentada, pois embasa muitos discursos, inclusive de representantes políticos do Poder Legislativo brasileiro, que defendem, por exemplo, a extinção da Justiça do Trabalho ou uma maior flexibilização das normas trabalhistas no Brasil. Na base destes discursos é recorrente a alegação de que a economia norte-americana cria oportunidades para quaisquer dos indivíduos que compõem àquela sociedade, e sempre se fala do “sonho americano”, ou seja, das oportunidades de alcançar um bom patamar financeiro, caso se decida “trabalhar duro”, como nos Estados Unidos da América – EUA.

Para amparar o discurso de que o mesmo sonho pode ser vivenciado no Brasil, defende-se a ideia de que é preciso que o país seja mais liberal, como os norte-americanos, devendo haver uma

mitigação, ou como se tem dito nos últimos anos, uma flexibilização das normas protetoras trabalhistas. O liberalismo é utilizado no contexto argumentativo de que as partes da relação capital e trabalho é que deveriam negociar as condições que direcionam o contrato, como salário, jornada de trabalho etc., não devendo o Estado interferir, impondo legislação trabalhista de forma heterônoma.

Ainda sobre a nomenclatura do tema, visando albergar uma quantidade maior de adeptos, fala-se em modernização da legislação trabalhista, que, em termos práticos, seria retirar direitos sociais que hoje garantem um patamar civilizatório mínimo à classe trabalhadora, sob o argumento de que a legislação protetiva representa uma pesada âncora, que puxa para baixo o desenvolvimento econômico do país e a consequente melhora das condições de vida da população, o que em si, já seria contraditório, retirar direitos para garantir um avanço social.

Considerando que esta linha argumentativa tem ganhado cada vez mais fôlego, como é prova a reforma trabalhista que passou a vigorar em novembro de 2017 e a própria reforma da previdência de novembro de 2019, o presente estudo busca fazer um levantamento comparativo entre quais direitos trabalhistas individuais são garantidos no sistema norte-americano, visando desmistificar a ideia de que não há imposição heterônoma do Estado nas relações de trabalho.

Para que a comparação seja realista, porém, será iniciada com a diferenciação dos dois macrossistemas jurídicos, o brasileiro pautado na *civil law*, já o norte americano pautado na *common law*. Considerando que o leitor brasileiro, público alvo deste trabalho, tem mais contato com o sistema da *civil law*, será dada uma maior ênfase na construção do sistema da *common law* nos EUA, sendo realizada uma breve contextualização histórica de como este sistema chegou e foi desenvolvido neste país, e, sempre que possível, sendo feito um paralelo das influências que um sistema tem no outro.

Ademais, para alcançar os resultados almejados, o artigo visa responder aos seguintes questionamentos: a) como funciona a criação de normas na *common law* e na *civil law*? b) existe legislação estatal impondo regras trabalhistas nos EUA? Paralelo às respostas destas

perguntas, será feita uma comparação com as respostas a estes mesmos questionamentos no sistema brasileiro. Estas são as bases que serão utilizadas para se atingir os resultados buscados neste estudo e para isso, será feito levantamento de bibliografia sobre as temáticas, sendo utilizado o método dedutivo para se chegar às considerações finais.

## **2. O Sistema da Common Law dos EUA e o sistema da Civil Law do Brasil: aproximações e distanciamentos.**

De início, para quem deseja realmente ter uma compreensão dos pontos de interseção e divergência do direito do trabalho no Brasil e nos EUA, é preciso ter claro que os sistemas jurídicos dos dois países têm características bem diferentes, em especial quanto às fontes do direito, o que influencia tanto no processo de criação de normas estatais quanto na sistemática de resolução de conflitos. Não obstante estas diferenças, o que se tem percebido é uma aproximação cada vez maior e uma influência de um sistema no outro, seja através do processo de codificação, típico da *civil law*, seja através da submissão aos precedentes judiciais, típico da *common law*.

Feito este destaque inicial, registre-se que o Brasil, por ter sido colonizado por Portugal, tem um sistema jurídico inspirado na *civil law* do direito romano-germânico, assim como vários outros países da chamada Europa Continental. Já os EUA, por ter sido colonizado, predominantemente, pela Inglaterra, adotou o sistema da *common law*. Mas o que isso representa em termos práticos? Para que se possa entender a diferença destes conceitos, será abordado a seguir as definições e principais características destes dois sistemas.

No sistema da *civil law* adotado pelo Brasil, José de Oliveira Ascensão<sup>2</sup> afirma que a lei ocupa indiscutivelmente o lugar de

---

<sup>2</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. Sistemas atuais de direito. **Revista da Faculdade de**

destaque, a ponto de em todos os países que adotaram este sistema ter havido uma tendência de confundir direito e lei. O autor informa que o costume, que tem sempre relevância, ocupa um lugar modesto, e argumenta, ainda, que a jurisprudência, que é resultante das decisões dos tribunais, surge como um elemento subordinado à lei.

Já no sistema da *common law*, ou direito comum, aplicado primeiramente aos povos da Inglaterra anglo-saxônica, José de Oliveira Ascensão<sup>3</sup> afirma que, de início, o direito era inseguro, razão pela qual coube aos órgãos responsáveis pelas funções judiciárias uma larga função de determinação das regras. A decisão passou então a dar a certeza do direito. O autor prossegue informando que este direito seria costumeiro e os tribunais deveriam julgar em harmonia com ele. Assim, a força das decisões judiciais tinha seu fundamento na presumida correspondência da decisão ao direito comum, ou *common law*.

Com a expansão britânica pelo mundo, este sistema fora adotado pelas terras que foram colonizadas pela Inglaterra, como é exemplo a América do Norte. No tópico seguinte, será traçado um breve panorama histórico da acepção da *common law* pelos Estados Unidos da América. Antes disso, porém, convém destacar a característica da principal fonte do direito no sistema da *common law*. José de Oliveira Ascensão<sup>4</sup> informa que no sistema anglo-saxão a jurisprudência ocupa uma posição predominante, sendo que as decisões dos tribunais formam a base de toda a ordem jurídica. O autor frisa que isso decorre da aplicação da *precedent rule*, destacando que os precedentes fixados pelos Tribunais Superiores são vinculativos para os tribunais inferiores, que terão de decidir os casos futuros da mesma maneira.

De acordo com as premissas acima estabelecidas, pode-se definir então que uma das principais diferenças entre o sistema da *civil law* adotado no Brasil e da *common law* adotado nos EUA, diz respeito às fontes do direito, sendo que no Brasil a hegemonia pertence à

---

**Direito**, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, n.17, 1976, p. 18.

<sup>3</sup> Ibid., p. 19-20.

<sup>4</sup> Ibid., p. 20.

lei, advinda do Poder Legislativo, enquanto nos EUA a hegemonia pertence à jurisprudência, advinda do Poder Judiciário. Todavia, de logo, destaque-se que diferentemente do que ocorre na Inglaterra, nos EUA o *common law* teve uma acepção diferente do sistema originário inglês, tendo espaço bastante destacado para as leis, conforme será demonstrado mais a frente.

John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo<sup>5</sup> tentam explicar estas escolhas através de fatos históricos. Uma das principais influências na construção do atual modelo de codificação do sistema da *civil law* foi a revolução francesa de 1789. Nesta época, havia um grande descrédito dos juízes perante os doutrinadores, a exemplo de Montesquieu, pois o julgador sempre moldava a interpretação da lei aos interesses da aristocracia dominante, muitas vezes julgando em termos completamente opostos ao que a lei estabelecia. Montesquieu então, ao escrever a obra do “Do espírito das leis” vai reforçar a expressão “juiz boca da lei”, ou seja, o magistrado apenas deveria refletir os exatos termos do texto escrito, sem margem para interpretações, fortalecendo assim o papel do Poder Legislativo, dentro da teoria da tripartição dos poderes.

Já na Inglaterra, por exemplo, os autores anotam que os juízes tinham uma atuação diferente, sendo importantes atores na inibição da centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo, trabalhando assim para a proteção dos indivíduos que compunham as sociedades locais. Não havia receio dos entendimentos dos juízes, mas ao contrário, era preferível do que a vontade do legislador. Destarte, o sistema da *common law* se desenvolveu com base na experiência positiva das decisões judiciais, fortalecendo então a visão do Poder Judiciário como fonte de criação do direito.

Não obstante este fato, é preciso destacar que os dois sistemas têm mútuas influências, sendo que no Brasil, por exemplo, houve uma

---

<sup>5</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Califórnia: Stanford University Press, 2007, p. 17.

evolução legislativa na defesa dos precedentes judiciais em decisões de repercussão geral dos Tribunais Superiores, e nos EUA, a despeito de ter adotado o sistema da *common law*, há cada vez mais leis que auxiliam o julgador na tomada de decisões. Estefânia Maria de Queiroz Barboza<sup>6</sup> credita boa parte desta aproximação, apesar dos contextos históricos tão diferentes, ao crescimento do constitucionalismo, ou seja, a partir da adoção de Constituições escritas pelos países das duas tradições, que passaram a realizar o controle de constitucionalidade, tendo então os direitos fundamentais e os direitos humanos como um importante ponto de interseção, que aproxima as duas tradições.

Voltando para as diferenças, para melhor visualização prática da utilização da lei no Brasil e nos EUA, Mário G. Losano<sup>7</sup> destaca que no sistema da *common law*, os juízes sempre interpretam a legislação (*statute law*) de modo restritivo, o que limita o campo de atuação da lei neste sistema. O autor prossegue informando que esta limitação leva o juiz a aplicar apenas aquilo que está inequivocamente expresso no texto de lei, segundo uma técnica interpretativa que é bem diferente da utilizada na *civil law*, que é adotada no Brasil. O autor prossegue informando que também a técnica de redação das leis é diferente nos dois sistemas. Enquanto na *civil law* a expressão é sintética, na qual o juiz pode subsumir o maior número de casos concretos, o órgão legislativo da *common law* deve especificar até os mínimos detalhes os casos e as modalidades que pretende regular, sabendo bem que a falta de indicação de um caso especial não será suprida pelo juiz mediante uma interpretação ampliativa da lei. O juiz, ao contrário, interpreta no silêncio legislativo o elemento técnico que lhe permite desaplicar a disposição legislativa e continuar a aplicação dos precedentes

---

<sup>6</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. *Quaestio Iuris*, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ**, v. 11, nº 3, p. 1456-1486, 2018, p. 1481. Disponível em <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29883/25943>. Acesso em: 21 nov. 2020.

<sup>7</sup> LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra europeus. Tradução Marcela Varejão. Martins Fontes: São Paulo, 2007, p.334.

judiciários ao caso concreto em análise.

Assim, pode-se concluir que, ao criar uma lei, o legislador dos EUA precisa ser bem mais detalhista que o legislador do Brasil, pois no Brasil aplica-se uma lógica dedutivista, onde parte-se de uma teoria geral para os casos específicos concretos, enquanto nos EUA a lógica é indutivista, após o julgamento de vários casos específicos, é criada uma regra geral que é consolidada através do precedente judicial.

Traçados estes ligeiros traços de interseção e diferenças dos dois sistemas, para não ter que regredir muito e tornar o presente artigo extenso além do ideal, importante fazer deixar claro que ao ser analisado o sistema da *common law* a seguir, será abordado a partir do período pré-independência dos EUA, sem aprofundar as peculiaridades que o diferenciam do sistema inglês originário.

### **3. Breve histórico da formação do direito nos EUA: do trânsito entre *civil law* e *common law*.**

Como já mencionado, o direito dos EUA foi inspirado no sistema inglês da *common law*, mas de início nem todos os Estados norte-americanos foram colonizados pela Inglaterra. René David<sup>8</sup> explica que os primeiros núcleos de população inglesa no território dos EUA datam somente do século XVII, quando os ingleses criaram colônias na Virgínia (1607), em Plymouth (1620), em Massachusetts (1630), em Maryland (1632), e posteriormente, Estados colonizados por outras nações, foram passando para o domínio inglês, como a colônia de New York, fundada pelos holandeses, que passou ao domínio inglês em 1664, a colônia da Pensilvânia, originariamente sueca, que passou ao domínio inglês em 1681, de modo que, apenas em 1722, as treze colônias inglesas estavam todas constituídas.

---

<sup>8</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 449.

Nesse período pré-independência dos EUA, que veio a se efetivar posteriormente em 1776, René David<sup>9</sup> informa que se houver uma resposta a que direito as colônias americanas estavam submetidas, seria a *common law* inglesa, com base no *Calvin's case*, julgado em 1608, que estabeleceu que os súditos ingleses carregavam consigo o direito inglês, quando se estabelecessem em territórios que não estavam submetidos a nações civilizadas, o que incluía as colônias da América. Contudo, o autor logo adverte que o princípio criado com o *Calvin's case* comportava uma importante exceção, de que a *common law* inglesa apenas era aplicada nas colônias na medida em que suas regras fossem apropriadas às condições de vida reinantes nestas colônias. Esta exceção é muito importante, porque a construção do direito inglês levava em consideração o sistema feudal dominante na Inglaterra, enquanto que nas colônias americanas, estas se distanciavam o quanto fosse possível do sistema feudal.

Considerando o então novo contexto dos colonos, bem diferente da realidade da *common law* inglesa originária, muitos aspectos deixaram de ser aplicados, sendo que René David<sup>10</sup> considera que em termos práticos era aplicado um direito bem primitivo, em certas colônias, por exemplo, baseados na Bíblia. Isso tinha o intuito de reduzir o poder arbitrário dos magistrados e como reação a este arbítrio, iniciou-se em diversas colônias a codificação do direito. Foram redigidos códigos sumários, por exemplo, em 1634 em Massachusetts, em 1682 na Pensilvânia, códigos que não tinham a conotação dos códigos atuais, mas que já demonstravam uma mentalidade diferente entre os juristas da Inglaterra e os juristas das colônias americanas. A principal diferença de mentalidade é que os ingleses tinham receio da legislação, que poderia ser arbitrária, preferindo assim que os magistrados criassem as soluções para os casos apresentados. Já os colonos americanos, tinham mais confiança no texto escrito da lei, do que no julgamento arbitrário dos magistrados, sendo este um grande marco para criação do direito que viria a seguir.

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 449-450.

<sup>10</sup> Ibid., p. 450-451.

Na sequência, em 1776, as treze colônias americanas se unem para declarar a independência dos EUA, que foi definitivamente consagrada em 1783. Nesse período, René David<sup>11</sup> destaca que a França, durante algum tempo vista como ameaça, especialmente por colonizar parte do Canadá e a Louisiana, passou a ser uma aliada americana, após os ingleses adquirirem o Canadá em 1763 e os EUA adquirirem o Estado da Louisiana em 1803. Destarte, com a aproximação francesa, aumenta a influência para a necessidade de codificação do direito, já que a França era adepta do *civil law*.

Nesse contexto, René David<sup>12</sup> destaca que o ideal republicano e o sentimento do direito natural deveriam fazer ver com bons olhos a codificação, em especial após as Declarações de Direitos e da Constituição dos EUA, promulgada em 17 de setembro de 1787, que deveriam normalmente ser complementadas pelas decorrentes codificações. O autor aduz que o território de New Orleans, destacado da antiga Louisiana, parecia dar o exemplo, quando logo após sua incorporação à União, passou a adotar códigos à maneira francesa, especialmente um código civil em 1808.

Durante um certo tempo, então, travou-se uma disputa sobre qual sistema deveria ser adotado, *common law* ou *civil law*. René David<sup>13</sup> destaca que até meados do século XIX, não seria possível definir com precisão qual sistema seria o vencedor, havendo vários indícios que apontavam para uma crescente hegemonia do sistema da *civil law*. Dentre estes indícios, o autor informa que em 1846, uma comissão legislativa pediu a redação de um código em Massachusetts, no mesmo ano, a Constituição do Estado de New York previu a redação de um código escrito e sistemático, englobando a totalidade do direito do Estado. O autor informa ainda que, em 1854, o historiador do direito inglês, *sir* Henry Maine, chegou a prever a adesão dos EUA ao sistema romano-germânico, ou seja, o mesmo que atualmente é utilizado no

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 451-452.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 452.

Brasil.

Os indícios não paravam por aí. Diversos Estados, no início da independência, vetaram a citação de acórdãos ingleses proferidos depois de 1776, o que enfraquecia o sistema de precedentes, e, além disso, numerosos territórios anexados à União aplicavam em seus territórios o direito francês ou o direito espanhol, não tendo qualquer tradição de *common law*. Outro ponto importante é que os EUA passaram a receber vários imigrantes de outras nações onde a *common law* era desconhecida. René David<sup>14</sup> pontua ainda que Pothier e Domat foram traduzidos em inglês e um poderoso movimento, simbolizado em New York por David Dudley Field, reclamou a codificação do direito americano e conseguiu com que numerosos Estados adotassem códigos de processo civil e criminal e de direito penal.

Não obstante todos estes elementos, ao fim das contas, o sistema da *common law* acabou triunfando. René David<sup>15</sup> credita o triunfo deste sistema nos EUA primeiro em decorrência da língua inglesa e do povoamento originariamente inglês dos EUA. Empós, defende que certas obras magistrais, de determinados juristas, como Kent, com seus *Comentários* (1826-1830) e Story, consolidaram a adesão ao sistema praticado na Inglaterra. O autor destaca, contudo, que a família da *common law* no direito dos EUA ocupa um lugar particular, com diferenças marcantes para o direito inglês, e estas características muitas vezes acabam aproximando o sistema da *common law* do sistema da família romano-germânica, que como foi visto acima, chegou a seduzir os EUA por um certo período.

Interessante a anotação de Guido Fernando Silva Soares<sup>16</sup>, que defende que os EUA optaram pelo sistema da *common law* misto, ou seja, pertencente ao macrossistema de origem inglês, mas muito

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 452.

<sup>15</sup> Ibid., p. 453.

<sup>16</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 92, p. 163-198, 1997, p. 170. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67360>. Acesso em: 21 nov. 2020.

sintonizado com a família da *civil law*. O autor lembra ainda que o Estado da Louisiana é uma exceção entre os Estados norte-americanos, pois este adota o sistema da *civil law*.

Já Estefânia Maria de Queiroz Barboza<sup>17</sup> destaca que não obstante tenha havido uma grande influência da Inglaterra, os EUA construíram um direito diferente e peculiar. A autora prossegue aduzindo que a despeito de ter abraçado o princípio da igualdade perante a lei, similar em alguns aspectos à doutrina inglesa, os EUA não adotaram a ideia de Supremacia do Parlamento. A autoridade suprema não estaria no Parlamento, mas na Constituição, que efetivamente representaria a vontade soberana do povo, o que difere das leis, que em verdade estabelecem a vontade de seus representantes, prevalecendo uma teoria de governo limitado.

A intenção, até o presente momento do trabalho, é demonstrar que os EUA, durante certo período, tenderam a utilizar o mesmo sistema jurídico que é utilizado no Brasil, tendo permanecido raízes da *civil law* na construção do direito norte americano. Ademais, a *common law* que é praticada na quase totalidade dos Estados norte-americanos tem suas diferenças para a *common law* originária do direito inglês, o que acaba influenciando na produção de leis, e, claro, de legislação trabalhista, como será destacado mais adiante.

### 3. A criação legislativa do direito do trabalho no Brasil.

Para se compreender o direito do trabalho nos EUA, é preciso antes entender como funciona o sistema de criação de legislação, em especial verificar a competência da União e dos Estados-membros no

---

<sup>17</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. Quaestio Iuris, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ**, v. 11, nº 3, p. 1456-1486, 2018, p. 1467. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29883/25943>. Acesso em: 21 nov. 2020.

processo de criação de normas trabalhistas. Contudo, para facilitar a comparação, será feita uma breve exposição de como se dá esse processo no Brasil, para quando for analisado o sistema norte-americano, sua compreensão se dar de modo mais claro.

No Brasil, é preciso destacar que a Constituição Federal, em especial no rol do art. 7º, estabeleceu via poder constituinte vários direitos trabalhistas individuais, que hoje são claramente reconhecidos como direitos fundamentais, a exemplo do salário mínimo, férias acrescidas de 1/3, limitação da jornada semanal a 44h, horas extras com adicional de no mínimo 50% sobre o valor da hora normal, dentre vários outros direitos. Acerca deste rol do art. 7º, asseverando sua importância, Arion Nasihgil e Francisco Carlos Duarte<sup>18</sup>, estabelecem o seguinte:

Que as normas trabalhistas possuem conotação de direitos sociais – e, conseqüentemente, de direitos fundamentais – não há como deprecar em sentido contrário. Isto porque, na seara constitucional, vêm elas previstas, em sua maioria, no Artigo 7º da Carta Maior, o qual pertence ao “Capítulo II – Dos Direitos Sociais” do “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. E nem poderia ser diferente. De todos os direitos sociais, aqueles cuja conquista e consolidação demandaram mais intensa luta, sem sombra de dúvidas, foram os trabalhistas; sem contar seu histórico papel civilizatório e sua conotação como fator de integração do homem na sociedade.

Desta forma, em se tratando do Brasil, a principal fonte de direitos individuais trabalhistas está prevista no art. 7º da Constituição Federal, que embora seja a fonte principal de normas heterônomas estatais, não é a única, existindo ainda outras importantes fontes normativas de direitos trabalhistas individuais.

Na experiência brasileira, o maior exemplo fora da Constituição

---

<sup>18</sup> NASIHGIL, Arion Augusto Nardello; DUARTE, Francisco Carlos. A flexibilização do direito do trabalho como instrumento de desenvolvimento econômico em conflito com o princípio da vedação do retrocesso social. **Nomos: revista do programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 117-138, jul./dez. 2015, p. 129.

Federal foi estabelecido em 1943, quando o então governo Getúlio Vargas criou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que na época foi uma simples compilação de várias leis federais esparsas, que tratavam de direito do trabalho. Hoje, no Brasil, após a Constituição Federal, a CLT é a principal fonte de normas federais trabalhistas. Por ser uma lei federal, logo, fica claro que no Brasil o Congresso Nacional tem competência para legislar sobre matéria trabalhista. Assim, além da CLT, existem várias outras leis federais que garantem alguns direitos individuais em matéria trabalhista, em especial leis voltadas para categorias específicas.

A título ilustrativo cite-se a lei 8.906/94, que trata de alguns direitos do advogado empregado ou a lei 4.950-A/66, que dispõe sobre a remuneração de engenheiros, químicos, arquitetos, agrônomos e veterinários ou ainda a lei 8.662/93, que regulamenta a profissão de assistente social, estabelecendo, por exemplo, uma jornada máxima de 30h semanais, após alteração implementada em 2010, através da lei federal 12.317/10.

Mas além do Congresso Nacional, sem contar o presidente da República, que pode editar Medidas Provisórias que criam regras trabalhistas temporárias, os entes da Federação, ou seja, os Estados, poderiam criar regras trabalhistas para ser aplicadas apenas em seus territórios?

Em resposta ao questionamento acima, destaque-se que o art. 22, I da CF/88 estabelece que compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, mas o próprio parágrafo único do mencionado artigo permite que Lei Complementar autorize os Estados a legislar sobre as matérias elencadas no artigo, o que inclui o direito do trabalho. Então, para ficar claro, tem-se que no Brasil a regra é que apenas a União poderá legislar sobre matéria trabalhista, e, através de competência privativa delegada, desde que tenha Lei Complementar específica, os Estados e o Distrito Federal poderão legislar sobre matéria laboral.

Mas no Brasil, há algum exemplo de autorização para que os Estados legislem sobre matéria trabalhista? Bem, a título de exemplo

prático, pode ser mencionada a Lei Complementar 103, de 14 de julho de 2000. Esta LC, regulamentando o art. 7º, V da Constituição Federal, autorizou os Estados e o Distrito Federal a instituírem o piso salarial local, ou seja, válido apenas para o território do ente que decidir por instituir. Nesta senda, alguns Estados tomaram a iniciativa e têm pisos salariais com valores acima do salário mínimo nacional, como é exemplo o Estado de São Paulo, desde a edição da Lei nº 12.640, de 11 de julho de 2007, que ano após ano é renovada, sendo a última a Lei nº 16.953, de 18 de março de 2019. No Estado do Rio de Janeiro, o último reajuste no piso salarial, foi feito através da Lei 8.315/2019.

Os exemplos acima são apenas para ilustrar que no Brasil existe a possibilidade dos Estados legislarem sobre matéria trabalhista, todavia, está regulamentação é feita de forma excepcional, sendo que em regra a competência é privativa da União, que padroniza então a matéria trabalhista em todo território nacional.

Por delegação, prevista em alguns incisos do art. 7º da Constituição Federal e também no artigo 200 da CLT, o órgão do Governo Federal responsável por questões trabalhistas, que durante muito tempo foi o Ministério do Trabalho, hoje o Ministério da Economia, pode editar normas administrativas que criam direitos para os trabalhadores que são regulamentados pelas chamadas “Normas Regulamentares” ou NRs. A título ilustrativo, destaque-se que o anexo II da NR 17, estabelece uma jornada de 6h diárias e 36h semanais, com garantia de um intervalo de 20 minutos e duas pausas de 10 minutos para os operadores de telemarketing. Essa garantia não está expressa em lei, mas os Tribunais têm reconhecido, de forma reiterada, a constitucionalidade desta Norma Regulamentar.

Além disso, existe a produção de regras trabalhistas através de negociação coletiva entre entidades sindicais, representantes de trabalhadores e de empresas, que dão origem ou a uma Convenção Coletiva de Trabalho ou a um Acordo Coletivo de Trabalho, este ocorre quando a negociação não se dá com a entidade sindical patronal, mas apenas com uma empresa ou um grupo de empresas. Todavia, considerando a extensão que se pretende dar ao presente artigo,

apenas será considerada a questão das normas trabalhistas com origem Estatal, ou seja, produzidas e impostas pelo Estado de forma heterônoma. Isto é o que será abordado e comparado com o direito norte-americano.

Desta forma, pode-se sintetizar que a produção de normas trabalhistas estatais no Brasil, que irão se aplicar aos contratos de emprego, se dá através da Constituição Federal, da CLT, de legislações federais esparsas, de normas regulamentares de órgão do Poder Executivo, de Medidas Provisórias – MPs editadas pelo Presidente da República, que são temporárias, e, por fim, quando autorizado por Lei Complementar, através de leis estaduais. Neste último caso, destaque-se mais uma vez que existe liberação apenas de forma excepcional e pontual, sendo a regra para produção de normas trabalhistas de competência privativa da União.

#### 4. A hierarquia da legislação nos EUA

Feitas as considerações sobre o sistema de normas trabalhistas no Brasil, antes de adentrar no sistema de normas trabalhistas norte-americano, é importante fazer um panorama sobre a hierarquia das normas dos EUA.

Como já mencionado anteriormente, nos EUA o “*statute law*” é muito presente, ou seja, a criação de normas via legislador, que tem preponderância sobre a jurisprudência. Guido Soares<sup>19</sup> defende que essa influência é maior nos EUA do que na Inglaterra, porque os norte-americanos possuem uma Constituição escrita e rígida, com vigência por cima de quaisquer outras normas escritas federais ou estaduais.

---

<sup>19</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 92, p. 163-198, 1997, p. 185. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67360>. Acesso em: 21 nov. 2020.

Todavia, existe uma característica diferente do legislador norte-americano, para o legislador brasileiro e da *civil law* em geral. Guido Soares<sup>20</sup> destaca que não apenas a Constituição dos EUA de 1788, como as Constituições dos Estados, as leis infraconstitucionais federais e estaduais, têm “considerandos” extensíssimos, e são redigidas com artigos (*sections*) quilométricos, onde num único período são colocadas em conjunto as regras, as exceções, as enumerações, e as interpretações particulares de cada assunto tratado. Ademais, a técnica da divisão em alíneas, incisos, parágrafos, novos artigos, muito utilizada no Brasil, nas leis norte-americanas são um único período, com centenas de vírgulas, inúmeras orações intercaladas e com referências a outros artigos da mesma lei.

Guido Soares<sup>21</sup> detalha então a hierarquia das normas no sistema norte-americano, destacando que a Constituição dos EUA encontra-se no topo do sistema. Embora seja uma Constituição antiga, já sofreu várias emendas, que ampliaram em muito a sua extensão. As dez primeiras emendas, por exemplo, são chamadas de “*Bill of Rights*”, ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos EUA, sendo introduzidas por James Madison em Congresso realizado em 1789, passando a vigorar em 1791.

Guido Soares<sup>22</sup> destaca que existem vários princípios jurídicos e regras hermenêuticas espalhados entre os dispositivos primitivos e as emendas posteriores, que se denominam “*clauses*”, que realizando um paralelo com realidade brasileira, seriam os artigos da Constituição Federal. Dentre os princípios constantes, destaque-se o da Supremacia da Constituição e das leis federais sobre as Constituições e legislações dos Estados-membro e sobre os tratados internacionais. O autor prossegue informando que na sequência encontram-se os tratados internacionais e os “*Executive Agreements*”, que vêm logo abaixo da Constituição Federal, na hierarquia das leis. Os *Executive agreements* são

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 185-186.

<sup>21</sup> Ibid., p. 186-187.

<sup>22</sup> Ibid., p. 187.

atos internacionais bi ou multilaterais que não necessitam, para o sua vigência interna, da aprovação legislativa, quanto à obrigatoriedade de submissão de atos internacionais ao Senado Federal, pois inexistente dispositivo constitucional expresso, mas são casos bem limitados, que a doutrina têm considerado como aqueles que versam sobre de competência exclusiva do presidente dos EUA.

Na sequência, vêm as “*Federal Statutes*”, ou seja, as normas federais, que são assim explicadas por Guido Soares<sup>23</sup>: 1º os atos normativos elaborados com a participação do Executivo e do Legislativo, com duas Casas: a “*House of Representatives*” e o Federal “*Senate*”, que seriam, respectivamente, os equivalentes a Câmara dos Deputados e o Senado Federal do Brasil. A legislação produzida neste âmbito é denominada de “*Act*”, e por vezes leva o nome do deputado(a) ou senador(a) que fora autor(a) da proposta. A título ilustrativo, destaque-se que uma das principais leis trabalhistas, que será destaque em tópico posterior, a “*National Labor Relations Act*” é também denominada de “*Wagner Act*”, em referência ao Senador Robert Ferdinand Wagner, autor da proposta; 2º os atos normativos elaborados pelo Poder Executivo, na sua competência exclusiva ou vinculada a um *Act*, diretamente através do Presidente, com a cooperação dos *Departaments*, que são os equivalentes aos Ministérios no Brasil, ou indiretamente, através de uma das muitas “*Federal Agencies*”, que são órgãos da Administração Indireta; 3º os atos elaborados pela “*Supreme Court*” Federal, em especial em matéria de processo.

Guido Soares<sup>24</sup> continua aduzindo que logo abaixo do “*US Statute*” vistos anteriormente, vêm os “*States Statute*”, que são as normas votadas no âmbito dos territórios dos Estados-membros, que são ainda mais detalhadas do que as normas federais. Os “*States Statute*” são compostos pelas Constituições dos Estados-membros, os atos ou “*Acts*” elaborados entre Executivo e Legislativo estaduais, ou só pelo Executivo, neste caso denominados de “*Order*”, “*Administrative rulers*”, “*Rules*” e “*Regulations*” e pelos Judiciários Estaduais, em especial

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 188.

<sup>24</sup> Ibid., p. 189.

em matéria processual.

Neste ponto, Guido Soares<sup>25</sup> faz um necessário alerta, e que serve de norte para o tópico posterior, esclarecendo que não se pode perder de vista que o sistema federativo norte-americano é bem diferente do sistema federativo brasileiro, e muita matéria que no Brasil é de competência privativa da União, nos EUA é de competência dos Estados-membros, o que abre margem para haver várias legislações distintas para a mesma temática, inclusive em matéria trabalhista, a depender do Estado americano que estiver em análise.

Na sequência, finalizando a estrutura legislativa norte-americana, Guido Soares<sup>26</sup> destaca que vêm as "*Home Rule*", que seriam o equivalente no Brasil a Lei Orgânica dos Municípios.

Demonstrada a estrutura acima, ratifique-se que embora possa parecer com a distribuição normativa que existe no Brasil, a grande diferença está no âmbito da competência das matérias que cada ente pode deliberar, sendo que em matéria trabalhista, os Estados-Membro têm muito mais liberdade para legislar do que os Estados brasileiros.

## 5. A criação legislativa do direito do trabalho nos EUA

Como visto em tópico anterior, no Brasil, em síntese, as normas trabalhistas têm previsão na Constituição Federal de 1988, com um rol destinado a vários direitos trabalhistas considerados fundamentais; na CLT, que condensa o maior número de direitos trabalhistas individuais; legislações federais esparsas, que garantem direitos, em especial, para determinadas categorias profissionais; normas regulamentares de órgão ligado ao Poder Executivo Federal; por fim, os Estados da Federação brasileira podem legislar sobre matéria trabalhista, mas

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 189.

<sup>26</sup> Ibid., p. 189.

apenas quando há Lei Complementar específica autorizando, o que é bem restrito.

Além disso, como mencionado, existem normas coletivas pactuadas com entidades sindicais, todavia, estas normas coletivas não serão objeto do presente estudo, embora sejam bem importantes no sistema norte-americano.

O presente tópico tem a principal finalidade de trazer luz para o recorrente argumento de que “nos EUA não existe CLT”, e que isso seria a razão da economia norte-americana ser considerada uma grande potência mundial. Saindo do campo informal e dando técnica a afirmação acima, muitos defendem que não existem leis trabalhistas nos EUA, sendo tudo fruto de regulamentação do próprio mercado, através de negociações diretas entre patrões e empregados, que seriam livres para estabelecer as condições contratuais.

O discurso liberal é muito presente no sistema norte-americano, e ao tentar importar como exemplo o modelo praticado nos EUA, há uma tendência simplista de se apropriar deste discurso e defender que não há normas trabalhistas na terra do “Tio Sam”. É bem verdade que as partes têm ampla liberdade para negociar suas condições contratuais, mas além de normas coletivas, existem sim leis trabalhistas nos EUA e não são poucas, conforme passa-se a discorrer a seguir.

Sobre a temática, Cássio Casagrande<sup>27</sup> leciona que é evidente que os EUA não possuem uma legislação trabalhista sob a forma de uma consolidação ou código, mas isto se deve ao fato de que na tradição da *common law* não se prioriza a adoção de leis gerais codificadas e temáticas, mas sim leis esparsas e precedentes judiciais como principal fonte do direito. O autor ilustra dizendo que assim como os EUA não possuem uma CLT, também não possuem um Código Civil ou um Código Eleitoral. Para o autor, isto não significa que no mencionado país

---

<sup>27</sup> CASAGRANDE, Cássio. A Reforma Trabalhista e o ‘sonho americano’ - Uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA, p. 1. **Jota**. Disponível em [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-10062017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-10062017). Acesso em 13 dez. 2020.

não existem leis civis sobre direito de família, propriedade, contratos etc, ou leis eleitorais sobre a forma de organização das eleições ou leis trabalhistas, sobre limitação de jornada, salário mínimo, trabalho infantil, segurança do trabalho etc.

Na sequência, o autor prossegue corroborando com a informação que já foi passada em tópico anterior, de que ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a União tem competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, nos EUA tanto o Governo Federal quanto os Estados federados podem editar normas sobre relações de trabalho. Para provar seu ponto, Cassio Casagrande<sup>28</sup> enumera uma série de decisões tomadas pela Suprema Corte Federal dos EUA, em julgamentos considerados históricos e que envolvem a apreciação de constitucionalidade de leis trabalhistas estaduais, como os casos *Lochner v. New York*, *Muller v. Oregon*, *West Coast Hotel v. Parrish*, entre vários outros.

Arnaldo Godoy<sup>29</sup> destaca que a União regulamenta em especial matéria trabalhista vinculada ao comércio entre os Estados, havendo uma perspectiva de aumento desta regulamentação desde o Governo de Franklyn Roosevelt na década de 1930. Segundo o autor, temas mais específicos, geralmente, são regulamentados pelos Estados-membro, como seguro, segurança, salário mínimo, horas de trabalho, regras para contratação etc. Como mencionado pelo autor, há uma tendência da própria União em buscar alguns parâmetros mínimos. Isso se deve, em especial, à busca de evitar uma grande diferenciação nos custos de produção entre os Estados. Donna Kesselman<sup>30</sup>, em artigo voltado

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 1.

<sup>29</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O direito do Trabalho nos Estados Unidos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, p. 223-231, p. 224. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106051/2005\\_godoy\\_arnaldo\\_direito\\_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106051/2005_godoy_arnaldo_direito_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 13 dez. 2020.

<sup>30</sup> KELSSEMAN, Donna. **Trabalho precário e precarização institucional nos Estados Unidos**. Tradução de Patrícia C. R. Reuillard (UFRGS). Sociologias, Porto Alegre, v. 12, n. 25, p. 66-100, Dez. 2010, p. 88-89. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222010000300004&script=sci\\_arttext&tIng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222010000300004&script=sci_arttext&tIng=pt). Acesso

para análise do precariado nos EUA, informa que em 2007 foi votada uma lei federal sobre o aumento no salário mínimo, que beneficiava em especial os trabalhadores com salários mais baixos, e que apontava para uma busca de unificação do direito social nacional, através da aproximação dos direitos dos Estados. Não obstante este fato, a autora aponta que após o aumento federal para 7,25 dólares a hora de trabalho, 15 Estados estabeleceram um patamar de salário mínimo maior que o estipulado a nível federal, prevalecendo nestes casos a legislação estadual.

Assim, percebe-se que uma forte característica de diferenciação do direito do trabalho nos EUA para o direito do trabalho no Brasil, diz respeito à competência para editar normas trabalhistas. Enquanto no Brasil a Constituição Federal e a CLT vão estabelecer os principais parâmetros, nos EUA é preciso averiguar a legislação trabalhista de cada Estado, ou seja, dentro do modelo norte-americano pode-se afirmar, dadas as devidas proporções, que há várias “CLTs” diferentes.

Em razão disso, Cassio Casagrande<sup>31</sup> aponta que para empresas que atuam em âmbito nacional, como a IBM, Wal-Mart ou a Hertz, que estão instaladas em todos os Estados dos EUA, a dificuldade é que precisam observar a legislação trabalhista federal, que está esparsa em vários diplomas, bem como a diferente legislação trabalhista de cada um dos 50 Estados. Em razão disso, estas empresas acabam tendo um alto custo de serviços jurídicos, pois precisam contratar advogados locais quando a legislação trabalhista estadual é invocada.

Além disso, ainda há um maior gasto com as políticas de recursos humanos, que precisam ser adaptadas Estado a Estado. O autor ainda menciona o estudo realizado pela consultoria Hiscox,

---

em: 22 nov. 2020. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222010000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222010000300004&lng=en&nrm=iso)>. access on 22 Nov. 2020.

<sup>31</sup> CASAGRANDE, Cássio. A Reforma Trabalhista e o ‘sonho americano’ - Uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA, p. 1. **Jota**. Disponível em [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-10062017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-10062017). Acesso em 13 dez. 2020.

em que estabelece que o risco de um empregador ser processado por um empregado pode variar de 15% no Missouri a 66% no Novo México. Estes são dados importantes para demonstrar primeiro que existe legislação trabalhista nos Estados Unidos e segundo que muitas empresas acabam sendo processadas. Mas quando este sistema de legislação trabalhista começou a ser desenvolvido? E quais são os direitos trabalhistas individuais que ele protege? Esses são os questionamentos a serem enfrentados no tópico a seguir.

## **6. A evolução histórica da legislação trabalhista em âmbito federal nos EUA. Os principais direitos individuais protegidos pela União.**

Como já demonstrado, para estudar o direito do trabalho nos EUA, é preciso se situar no espaço, ou seja, saber em qual Estado a legislação será analisada. Não obstante este fato, é preciso traçar uma linha histórica evolutiva que aponta para um importante papel da União americana, no sentido de construir uma proteção mínima aos trabalhadores de todo o território nacional. No entanto, como esclarece Ricardo José de Britto Pereira<sup>32</sup>, o cenário das Cortes americanas do início do século XX eram bem desfavoráveis aos trabalhadores, em razão da forte defesa da liberdade contratual, e com base nesta visão do passado, muitos acabam por confundir o cenário atual, que é bem diferente, como passa-se a discorrer.

Ricardo Pereira<sup>33</sup> destaca que a síntese histórica do Direito do Trabalho norte-americano parte do final do século XIX, quando as

---

<sup>32</sup> PEREIRA, Ricardo José de Britto. A reforma trabalhista e seu impacto sobre a igualdade e a democracia no trabalho. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC MINAS**, v. 21 n. 41, p. 53-76, p. 60. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18553>. Acesso em 13 dez. 2020.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 58.

relações de trabalho livre eram orientadas pelo *at will-employment*. Nessa modalidade contratual, o autor destaca que a terminação do contrato não dependia de motivação. Tanto o empregador quanto o empregado poderiam terminar unilateralmente o contrato a qualquer momento e por qualquer razão, a menos que houvesse acordo em sentido contrário. Assim, a autonomia individual da vontade era o grande princípio orientador das relações de trabalho. Começaram então os primeiros questionamentos acerca da dispensa, se esta poderia contrariar a lei ou o *common law* como um todo, mas as primeiras decisões judiciais foram no sentido de garantir a primazia da realidade contratual sobre direitos assegurados por lei.

Nessa discussão sobre a relação entre autonomia individual e lei, o autor destaca que dois casos chegaram à Suprema Corte dos EUA no início do século XX, reconhecendo prevalência à liberdade contratual, de modo que leis trabalhistas protetivas foram consideradas inconstitucionais. A primeira lei era estadual, do Estado de New York, tendo sido aprovada em 1895, que limitava a jornada dos padeiros em dez horas diárias e sessenta horas semanais. *Lochner*, que era dono de uma padaria e havia sido autuado duas vezes por descumprir esta legislação, ajuizou demanda judicial e o caso chegou à Suprema Corte Federal e *Lochner* saiu-se vitorioso, sob o argumento de que a lei não poderia restringir a liberdade de contratação entre empregado e empregador. A segunda foi uma lei federal de 1898, denominada de *Erdman Act*, que versava sobre conflitos trabalhistas envolvendo trabalhadores ferroviários. O autor destaca que entre outras partes, essa lei federal proibia as empresas ferroviárias de exigir a não filiação ao sindicato como condição para o trabalhador obter emprego. Essa modalidade contratual era conhecida como *yellow dog contract* e quando os empregados descumpriam os contratos os empregadores recorriam ao Poder Judiciário, que expedia uma ordem (*injunction*) para o cumprimento das obrigações contratuais. Essa questão chegou à Suprema Corte Federal e em 1908, no caso *Adair versus United States*, a lei foi considerada inconstitucional, também por violar a liberdade contratual.

Esse cenário permaneceu ainda por algumas décadas, e o

processo de mudança começou apenas na década de 1930, com o governo de Franklyn Roosevelt. Fazendo um rápido paralelo com a história do direito sindical no Brasil, não é demais lembrar que o direito de greve foi colocado como um direito constitucional e é considerando um direito fundamental dos trabalhadores, estando previsto no art. 9º da Constituição Federal de 1988. Todavia, como destaca Raimundo Simão de Melo<sup>34</sup>, a primeira legislação a tratar sobre greve no Brasil, em 1890, foi o Código Penal, que considerava crime o seu exercício, punindo o autor com pena de 1 a 3 meses de detenção. Ou seja, a primeira regulamentação da greve aplicada em solo brasileiro considerava o instituto como uma contravenção penal e não um direito do operário. Já no âmbito constitucional, Raimundo Simão de Melo<sup>35</sup> destaca que a primeira Constituição Federal a tratar do tema foi a Carta Magna de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, e que declarava a greve como um recurso antissocial, nocivo ao trabalho e ao capital, sendo incompatível com o superior interesse da produção nacional. Essa realidade permaneceu até a Constituição Federal brasileira de 1946, quando pela primeira vez, em âmbito constitucional, a greve foi reconhecida como direito do trabalhador. Já a Constituição de 1967, outorgada pelos militares, manteve o direito de greve dos trabalhadores, mas vetou expressamente o direito de greve dos servidores públicos em geral, fossem eles civis ou militares.

Esse rápido paralelo destina-se a demonstrar como o direito do trabalho como um todo teve uma grande evolução no sistema protetivo dos trabalhadores no Brasil, mas também nos Estados Unidos, conforme passa-se a destacar.

Ricardo Pereira<sup>36</sup> informa então que a mudança se verifica a

---

<sup>34</sup> MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 21.

<sup>35</sup> Ibid., p. 21.

<sup>36</sup> PEREIRA, Ricardo José de Britto. A reforma trabalhista e seu impacto sobre a igualdade e a democracia no trabalho. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC MINAS**, v. 21 n. 41, p. 53-76, p. 60. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18553>. Acesso em 13 dez. 2020.

partir da década de 30 do século XX. A grande depressão da economia mundial de 1929, deu ensejo a um conjunto de medidas para recuperar a economia dos EUA, denominadas de *New Deal*, no governo de Franklyn Roosevelt. Na época, havia um receio de que a Suprema Corte Federal, de composição extremamente adepta ao liberalismo econômico, e com sua tendência em relação aos direitos sociais e com base em preceitos constitucionais, como federalismo e separação de poderes, pronunciasse a inconstitucionalidade das medidas que integravam os programas do governo federal. O presidente apresentou então uma proposta para aumentar o número de magistrados da Suprema Corte, o que dependia apenas de lei e não da Constituição, para poder indicar os futuros ministros e garantir o avanço da legislação protetiva.

O autor destaca, entretanto, que mesmo antes de iniciar o *New Deal*, em 1932, foi aprovada a lei *Norris La Guardia* para impedir ordens (*injunctions*) contra piquetes e contratos renunciando a filiação a sindicato para aceitação do emprego, os *yellow dog contracts* mencionados anteriormente. Em 1935, foi aprovada a lei federal que estabeleceu o direito de organização em sindicatos e a negociação coletiva, a famosa *National Labor Relations Act – NLRA* ou simplesmente *Wagner Act*, em referência ao senador autor da proposta. Nessa mesma legislação, foi criada a *National Labor Relations Board*, agência encarregada por zelar pela observância da lei então criada, além da lei federal do Seguro Desemprego, criando um sistema híbrido federal e estadual, através da *Social Security Act*.

Ricardo Pereira<sup>37</sup> destaca que em 1937, a ameaça de Roosevelt surtiu efeito e a Suprema Corte, no caso *West Coast Hotel CO versus Parrish*, considerou constitucional a lei estadual sobre salário mínimo para mulheres. Na ocasião, a mudança de entendimento do magistrado Owen Roberts foi fundamental para a manutenção da lei.

Destarte, Edilton Meireles de Oliveira Santos<sup>38</sup> destaca que se

---

<sup>37</sup> Ibid., p. 61.

<sup>38</sup> SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. A despedida desmotivada do empregado no direito norte-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 205-231, jul./dez. 2018, p. 210. Disponível em: <https://www.>

antes o entendimento era de que descabia lei limitando a autonomia da vontade, fazendo referência ao caso *Adair v. United States*, já mencionado, a partir dos anos de 1930, a Suprema Corte Federal passou a sustentar a constitucionalidade das leis federais que tratam sobre o direito do trabalho e que, de alguma forma, protegem o emprego, restringindo a liberdade de contratar, bem como o direito de propriedade. Segundo o autor, o fundamento para reconhecer a constitucionalidade de referidas leis foi a de que o Poder Público poderia interferir nas relações de trabalho de modo a fazer prevalecer uma política pública de interesse nacional.

Por fim, consolidando este período de mudança, Ricardo Pereira<sup>39</sup> destaca que em 1938, foi aprovada a lei federal estabelecendo o salário mínimo, a jornada de trabalho, o pagamento de horas extraordinárias, além de medidas contra o trabalho infantil, através da *Fair Labor Standards Act* - FLSA. O autor destaca então que este conjunto normativo social trabalhista de caráter protetivo, de mais de oitenta anos, está totalmente institucionalizado, de modo que não há questionamentos no sentido de sua eliminação ou reforma, ou seja, já se amalgamou aos contratos de trabalho em geral, bem como a própria estrutura do capitalismo americano.

Ainda sobre a *Fair Labor Standards Act*, Cassio Casagrande<sup>40</sup> leciona que ao longo do tempo, a FLSA sofreu diversas alterações, como ocorreu com a CLT, e reforça que esta norma introduziu o salário mínimo, fixou a jornada semanal em 40 horas, com limite máximo de 4 horas extras semanais, proibiu o trabalho infantil e regulamentou o trabalho de adolescentes.

---

direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1946/1838. Acesso em 13 dez. 2020.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>40</sup> CASAGRANDE, Cássio. A Reforma Trabalhista e o 'sonho americano' - Uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA, p. 1. **Jota**. Disponível em [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-10062017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-10062017). Acesso em 13 dez. 2020.

Para Ricardo Pereira<sup>41</sup>, isto mostra de forma clara a mudança de paradigma no direito do trabalho norte-americano, com relação a chamada era *Lochner*, e o autor destaca que as mudanças não pararam por aí, ainda sendo possível identificar significativos avanços no que concerne a um conjunto de leis federais com caráter anti-discriminatório, a partir da década de 1950, como resultado do movimento dos direitos humanos e lutas contra a segregação racial. Em 1963, o *Equal Pay Act* emendou a *Fair Labor Standards Act* para proibir a discriminação baseada em sexo. Em 1964, o *Title VII of the Civil Rights Act* proibiu a discriminação e a retaliação no trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião e origem. Além disso, foi criada uma agência para exigir a observância destas normas, a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC). O autor prossegue informando que em 1966 foi alterada a *Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure*, criando a moderna *Class Action*, ou ação de classe, em que um resultado positivo em uma ação pode alcançar todo um grupo de trabalhadores, a menos que haja pedido de trabalhadores para sair. Em 1967 foi aprovada uma lei federal contra a discriminação por motivo de idade, a *Age Discrimination in Employment Act – ADEA* e em 1990 foi criada uma lei federal para proteção e integração de pessoas com deficiências, *American with disabilities Act – ADA*.

Ricardo Pereira<sup>42</sup> destaca ainda um terceiro grupo de leis federais estabelecendo padrões (*standards*) mínimos de proteção aos trabalhadores, no qual se incluem, em 1970, a lei federal de saúde e segurança no trabalho, *Occupational Safety and Health Act – OSHA*, em 1974, uma lei federal estabelecendo benefícios, como pensões e planos de saúde, *Employment Retirement Security Act – ERISA*, em 1988 uma lei federal determinando que empregadores com 100 ou mais empregados devem notificar os empregados que serão despedidos ou os sindicatos em razão de fechamento de planta ou dispensa em massa, *Mass Lay-off e Worker Adjustment and Retraining Notification Act – WARN Act*, e, em 1993, uma lei federal impondo que empregadores

---

<sup>41</sup>Ibid., p. 61.

<sup>42</sup>Ibid., p. 62.

com 50 ou mais empregados devem liberar empregados até 12 semanas em caso de nascimento de filho ou doença própria e na família, *Family and Medical Leave Act – FMLA*. O autor destaca que todas estas leis são controladas e exigidas pelo Departamento de Trabalho norte-americano.

Além destas legislações específicas mencionadas acima, Cassio Casagrande<sup>43</sup> lembra que os EUA são regidos pelo sistema da *common law*, o que significa dizer que também são fontes primárias do direito do trabalho norte-americano os milhares de precedentes em matéria trabalhista fixados pelas Cortes Estaduais e Federais, incluindo a Suprema Corte Federal, que possui relevantes decisões em direito do trabalho.

Todo este aparato de legislação federal afasta a antiga concepção de que não há normas trabalhistas protetivas nos EUA. Como visto acima, há sim legislação federal que traça *standards* mínimos, havendo um crescente número de normas que buscam garantir proteção social a todos os trabalhadores do país. Além disso, como mencionado, os Estados da Federação também têm um importante papel na construção de normas trabalhistas, sendo mais um pilar de proteção social dos trabalhadores.

Apenas a título ilustrativo, Ricardo Pereira<sup>44</sup> destaca que no estado da Califórnia, em 2017, novas leis foram aprovadas tratando de várias matérias, entre as quais salário mínimo, extensão dos direitos trabalhistas para os trabalhadores domésticos, igualdade de pagamento para empregados de todas as raças e etnias, restrições aos empregadores no requerimento de antecedentes criminais dos empregados, proibição de escolha do direito e de foro nos contratos entre empregado e empregador, notificação pelos empregadores de violência doméstica, sexual e de outros tipos, proibição de publicidade de informações referentes a idade dos empregados, proibição de discriminação por orientação sexual, limitação de jornada e intervalos

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 63.

remunerados. Estes são exemplos de como os Estados podem impor uma série de normas trabalhistas.

Além disso, em abril de 2018, o autor destaca que a Suprema Corte da Califórnia reconheceu em favor de trabalhadores de uma companhia de entrega, estilo Uber, a condição de empregados. Eles faziam entregas vestindo uniformes contendo a logomarca da empresa, embora usassem veículos próprios, suportando todos os custos das entregas.

## 8. Considerações Finais

Por tudo que foi contextualizado, é possível afirmar que o macrossistema da *civil law* utilizado pelo Brasil e o macrossistema da *common law* utilizado nos EUA têm influências recíprocas na construção de um sistema normativo misto, onde se valoriza tanto as leis quanto os precedentes judiciais.

Essa aproximação dos dois macrossistemas ficou demonstrada na própria criação das bases históricas do direito norte-americano, quando este chegou a flertar com o sistema da *civil law*. Embora tenha optado ao final pela *common law*, foi de uma forma diferente do sistema da *common law* inglês originário, dando bastante espaço para as *statute law*, ou seja, para criação de leis, que têm prevalência até mesmo sobre os precedentes judiciais, podendo superá-los.

Já no Brasil, as recentes alterações processuais, em especial com a edição do Código de Processo Civil de 2015, quando prestigia os precedentes judiciais, demonstra a influência do sistema norte-americano no sistema brasileiro. Contudo, o direito brasileiro é preponderantemente ligado ao *civil law*, com vários códigos vigentes.

Feitas as análises de diferenças e aproximações dos dois macrossistemas, foi destacado que o processo de criação de normas da

*civil law* é mais genérico, pois a ideia é que a norma trace um panorama geral e o julgador vá aplicando ao máximo de casos concretos possíveis. Já o legislador dos EUA precisa ser mais detalhista, pois a partir da análise de vários casos específicos, é que se estabelece uma regra geral, que deve ainda ser consolidada através de um precedente judicial. Assim, a norma americana é geralmente bem extensa, pois visa deixar o mínimo possível de margem interpretativa para o julgador.

Passando então para a discussão que desde o início buscou-se enfrentar, ficou demonstrado que no Brasil existe uma centralização na competência para produção de normas trabalhistas de aplicação geral no âmbito das relações individuais de trabalho. Essa competência é privativa da União, tendo como principais fontes a Constituição Federal, a CLT, a legislação federal esparsa, Normas Regulamentares de Órgão do Poder executivo e, em casos excepcionais, desde que haja autorização expressa de Lei Complementar, os Estados da Federação podem editar normas em matéria trabalhista. Ou seja, no Brasil, os Estados têm um papel subsidiário e muito limitado na edição de normas trabalhistas, ficando a maior parte da competência privativamente com a União.

Já nos Estados Unidos da América, tanto a União quanto os Estados-membro têm uma maior liberdade para legislar sobre matérias trabalhistas, tendo assim competência concorrente, sendo aplicado àquilo que for mais benéfico para o trabalhador. Em razão disso, ficou demonstrado que para saber qual legislação aplicar a cada trabalhador, é necessário situar o Estado americano em que ele irá atuar, pois cada Estado tem regras trabalhistas próprias.

Não obstante a informação acima, foi demonstrado que aos poucos, em especial a partir do Governo de Franklyn Roosevelt na década de 1930, houve um grande avanço na edição de leis protetivas trabalhistas pelo Governo Federal norte-americano. Essa década também simbolizou uma mudança de postura da Suprema Corte Federal, que até então rechaçava qualquer legislação que visasse mitigar a autonomia da vontade das partes. A partir do novo paradigma de pensamento, afastou-se o argumento de autonomia da vontade das partes em favor da Supremacia do Interesse público em promover

políticas públicas para recuperação da economia da época.

Ainda a partir desse paradigma, houve uma grande evolução legislativa no âmbito federal, de modo que os trabalhadores americanos, até hoje, gozam de vários direitos individuais que os trabalhadores brasileiros têm acesso, como a limitação da jornada de trabalho, o salário mínimo, as horas extras, o combate a discriminação no ambiente de trabalho, dentre vários outros que foram mencionados ao longo do texto.

## 9. Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sistemas atuais de direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG**, n.17, 1976. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/763/710>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Quaestio Iuris, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ**, v. 11, nº 3, p. 1456-1486, 2018. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29883/25943>. Acesso em: 21 nov. 2020.

CASAGRANDE, Cássio. A Reforma Trabalhista e o ‘sonho americano’ - Uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA. **Jota**. Disponível em [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-10062017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-10062017). Acesso em 13 dez. 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O direito do Trabalho nos Estados Unidos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, p. 223-231. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106051/2005\\_godoy\\_arnaldo\\_direito\\_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106051/2005_godoy_arnaldo_direito_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 13 dez. 2020.

KELSSEMAN, Donna. Trabalho precário e precarização institucional nos Estados Unidos. Tradução de Patrícia C. R. Reuillard (UFRGS). **Sociologias**, Porto Alegre, v. 12, n. 25, p. 66-100, Dez. 2010. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo>.

php?pid=S1517-45222010000300004&script=sci\_arttext&tlng=pt. Acesso em: 22 nov. 2020. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222010000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222010000300004&lng=en&nrm=iso)>. access on 22 Nov. 2020.

LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra europeus**. Tradução Marcela Varejão. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Califórnia: Stanford University Press, 2007.

NASIHGIL, Arion Augusto Nardello; DUARTE, Francisco Carlos. A flexibilização do direito do trabalho como instrumento de desenvolvimento econômico em conflito com o princípio da vedação do retrocesso social. **Nomos: revista do programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 117-138, jul./dez. 2015.

PEREIRA, Ricardo José de Britto. A reforma trabalhista e seu impacto sobre a igualdade e a democracia no trabalho. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC MINAS, v. 21 n. 41, p. 53-76**.

Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18553>. Acesso em 13 dez. 2020.

SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. A despedida desmotivada do empregado no direito norte-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 73, pp. 205-231, jul./dez. 2018**.

Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1946/1838>. Acesso em 13 dez. 2020.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 92, p. 163-198, 1997**. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67360>. Acesso em: 21 nov. 2020.



# Capítulo 11

## GRATIFICAÇÃO NATALINA: DO COSTUME À NORMATIZAÇÃO NO BRASIL E ARGENTINA: UM DIREITO INTOCÁVEL?

Regina Sonia Costa Farias<sup>1</sup>

**RESUMO:** Não é de muito recente que o trabalhador brasileiro e de outros países do mundo, aguardam com muita ansiedade e esperança, anualmente, a celebração das festas de fim de ano, e com ela, a tão sonhada gratificação de natal. É conhecida no Brasil como “Gratificação Natalina” (GN) ou “Décimo Terceiro Salário”, e na Argentina como “Sueldo Anual Complementario” (SAC) ou “Aguinaldo”. A quantia, tão esperada pelos trabalhadores é uma fonte de auxílio de sua subsistência e de sua família. A designação Gratificação Natalina, no Brasil, surgiu de uma relação costumeira vinculada à prática da oferta de presentes realizada pelos empresários aos empregados, durante os festejos de natal. Evoluiu e ganhou “*status*” de direito, sendo disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro. De grande importância cultural em seus primórdios, ganhou maior relevância nos dias atuais por tratar-se de um Direito Fundamental do Trabalho, dada sua relevância como auxílio à subsistência do obreiro. Além disso, quando usufruído, o dinheiro da gratificação faz movimentar a Economia e as Finanças do Estado. Nesse contexto, surgiu o interesse da autora em estudar melhor esse direito trabalhista com o intuito de fornecer subsídios que possam ajudar a responder o questionamento que dá relevância ao título da obra: é um direito intocável? Para o escopo desse trabalho, a gratificação não será considerada em seu aspecto prático, como verba trabalhista, e sim em sua essência, sua origem e legalidade. Nesse sentido, a autora fez um sucinto levantamento de sua evolução histórico-cultural e

---

<sup>1</sup> Professora. Membro do GRUPE. Mestre em Direito.

legal; pontuou um breve paralelo da existência dessa gratificação no Brasil e na Argentina, países de governos com ideologias políticas distintas. O estudo oportunizou conhecer das razões que embasam a relevância da Gratificação Natalina nos dias atuais. Não restam dúvidas sobre sua relevância como um Direito Social e, especificamente, como direito trabalhista fundamental. Contudo, circunstanciada por cenários políticos e econômicos adversos à sua existência, acredita que essa gratificação não seria intocável.

**Palavras-chaves:** Gratificação natalina. 13º salário. Gratificação. Direito Comparado do Trabalho.

## 1. Introdução

O décimo terceiro salário é um direito conquistado por trabalhadores e comum em muitos países do mundo, dentre os quais os que integram o Mercosul, a exemplo de Brasil e Argentina. No Brasil, o referido direito tem amparo na Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional (Lei nº 4.090/62; Decreto nº 57.155, de 03 de novembro de 1965 e Decreto Lei nº 5.452/43, alterado pela Lei nº 13.467/17). Na Argentina a previsão legal da verba se encontra na Ley de Contrato de Trabajo nº 20.744/74, a Lei nº 23.041/84 e o Decreto nº 1078/84.

O presente artigo objetiva estudar o décimo terceiro salário no Brasil e Argentina. A escolha dos países foi feita, inicialmente, considerando que eles são fronteiriços e reúnem as duas maiores economias da América do Sul, bem como o montante significativo de trabalhadores formalmente contratados. Outrossim, o fato de ambos terem, recentemente, reformado a legislação trabalhista, flexibilizando muitos direitos laborais, arduamente conquistados preteritamente.

A Argentina é a república constituída por uma federação composta por 23 províncias e a Cidade Autônoma de Buenos Aires, sua capital. É o segundo maior país da América do Sul em território e o terceiro em população, contabilizando, atualmente com 45.376.763

habitantes. Dados disponibilizados pelo INDEC2 explicitam que no segundo trimestre de 2020, sua taxa de atividade foi de 38,4%, a de emprego no percentual de 33,4% e a de desemprego de 13,1%.

O Brasil é a república formada por 26 Estados e o Distrito Federal, sendo Brasília a capital. Sua população atual é de 212.300.435 habitantes. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>3</sup> revelam que a busca por emprego no País aumentou 27,6%, no segundo trimestre do corrente ano, elevando o número total de desemprego para 13,3%. Alerta ainda que, de acordo com a PNAD – Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio, o nível de ocupação caiu de 54,4% em fevereiro para 46,1% em julho de 2020 e que de julho a setembro/2020, o nível de ocupação subiu 0,7 ponto percentual (p.p.) e a população ocupada aumentou em 1,5 milhão de pessoas.

Os dois países têm parceria, dentre outros, no âmbito econômico, no setor do comércio, da educação, da cultura, do turismo, da defesa, da ciência e da tecnologia. Combinados representam 63% da área total da América do Sul, 60% de sua população e 61% de seu PIB. O Brasil é o principal parceiro comercial da Argentina, e esta é a terceira maior parceira comercial daquele<sup>4</sup>.

De outra ótica, o Brasil reformou a legislação trabalhista com a Lei nº 13.467/2017, resultando desse processo: a alteração de 54 artigos, a revogação de 9 dispositivos e a criação de 43 artigos. Nessa perspectiva, o país, de forma sub-reptícia, flexibilizou a legislação trabalhista, ameaçando direitos arduamente conquistados.

---

<sup>2</sup> El Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) es un organismo público desconcentrado de carácter técnico, dentro de la órbita del Ministerio de Economía de la Nación, que ejerce la dirección superior de todas las actividades estadísticas oficiales que se realizan en la República Argentina. INDEC – Instituto Nacional de Estadística y Censos. Disponível em <https://www.indec.gob.ar/>. Acesso em 10/10/2020. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em 15/10/2020.

<sup>3</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em 15/10/2020.

<sup>4</sup> Informação disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Rela%C3%A7%C3%B5es\\_entre\\_Argentina\\_e\\_Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rela%C3%A7%C3%B5es_entre_Argentina_e_Brasil). Acesso em 30/10/2020.

Na Argentina, por sua vez, também vivenciou o processo de reforma da sua legislação trabalhista alterando/revogando dispositivos da Ley do Contrato de Trabajo, nº 20.744 que contabilizou a revogação de 27 artigos e alteração de noventa e nove.

Nesse contexto, surgiu forte inquietação na autora no que pese a real transformação no mundo econômico e suas “reformas” e reflexo que possa repercutir sobre o direito do trabalho, sobretudo, as conquistas trabalhistas, em especial no tocante ao 13º Salário. Daí o interesse em estudar o tema, objetivando repercutir a relevância desse direito para o trabalhador, independentemente de corrente política ideológica, a meditar sobre a violência inusitada e abominável, caso tal direito possa ser extinto.

Com esse intuito a autora pinçou, dentre os direitos dos obreiros, a denominada gratificação natalina ou 13º salário pelo seu significativo valor sócio-econômico-financeiro e até mesmo valor cultural. Buscou sua origem histórico-cultural, com um rápido paralelo entre países com contemporâneas ideologias políticas opostas, como Argentina (Esquerda) e Brasil (Direita) descreveu os benefícios da aludida gratificação, como ainda, cogitou do potencial prejuízo em caso de sua extinção.

Assim, o presente estudo objetiva fazer um resgate histórico do 13º salário nos dois países, atentando-se para as diferenças e semelhanças, dessa verba trabalhista, caso haja. E se houver, como se proceder a operacionalização, com base nos normativos de cada um. Outrossim, verificar todo contexto histórico-cultural-jurídico da gratificação natalina de forma a lhe oferecer subsídios para tentar responder o seguinte questionamento: é um direito intocável?

Na construção do presente trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e para atingir o objetivo de estudar a gratificação natalina, a autora delineou de forma sucinta a evolução histórico-cultural da verba trabalhista no Brasil e na Argentina, traçando um paralelo em seu aspecto histórico-jurídico. Para tanto, o trabalho foi dividido nos seguintes tópicos: 1. Introdução; 2. Aspectos Históricos do Direito do Trabalho no Brasil e na Argentina; 3. Breve História do Movimento pela

normatização dos Direitos Trabalhistas; 4. A Gratificação Natalina: Uma Trajetória para o Direito; 5. A Gratificação Natalina: Uma Breve Reflexão Cabível. Por fim, teceu suas considerações finais, a questionar o caráter intocável do direito em tela, frente a situação política e econômica vigentes nesses países.

O estudo permitiu a autora concluir que, frente a situação atual, a gratificação natalina, pelo menos no Brasil, goza do patamar de direito trabalhista intocável, no entanto, frente ao atual cenário de flexibilização dos direitos trabalhistas, mais que nunca, necessidade de uma maior vigilância dos trabalhadores e da necessidade existência de entes sindicais forte e atuante, para fazer frente às ameaças a direitos trabalhistas conquistados.

## **2. Aspectos históricos do Direito do Trabalho**

O Direito do Trabalho propiciou a dignidade humana ao trabalhador e à sua família, trazendo assim, significativa repercussão na vida em sociedade, pois contribuiu de modo relevante para a efervescência de normas jurídicas benéficas à coletividade de trabalhadores, no intuito de reduzir as desigualdades nas relações de trabalho.

### **2.1. No Brasil**

Nas lições de Maurício Godinho Delgado o Direito Individual do Trabalho regula as relações bilaterais e multilaterais do mundo empregatício, fixando regras imperativas para o contrato de trabalho, a serem aplicadas aos trabalhadores inseridos na economia e na sociedade por intermédio da relação de emprego, conforme transcrito a seguir:

busca democratizar a mais importante relação de poder existente no âmbito da dinâmica econômica, instituindo certo parâmetro de igualdade jurídica material nessa relação profundamente assimétrica. Atenua o poder empregatício e eleva as condições de vida e trabalho da pessoa humana trabalhadora no âmbito de sua relação de emprego (DELGADO, 2017, p. 40).

O contrato de trabalho formal é o instrumento reconhecido pela legislação brasileira (Decreto Lei nº 5.452/43, alterado pela Lei nº 13.467/2017) que concede ao empregado o direito à percepção de verbas trabalhistas, dentre as quais, a gratificação natalina, também denominada de décimo terceiro salário, cuja regulamentação remota ao ano de 1962 e 1965, respectivamente com a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962 e o Decreto nº 57.155, de 03 de novembro de 1965, seu regulamentador.

Conta a história que a gratificação natalina tem tradição cristã; que surgiu como espontânea manifestação de agradecimento ou gratidão por ocasião dos festejos de Natal; que com o passar dos anos, a referida verba tornou-se obrigatória, por imperativo da legislação, alcançando todos os trabalhadores formais da nação.

O Direito ao décimo terceiro salário é relevante direito social, alçado, no entender de alguns doutrinadores, ao patamar de cláusula pétrea, sendo, nessa perspectiva, proibida sua extinção. Nessa linha de entendimento, cita-se o doutrinador Luciano Martinez (MARTINEZ, 2012; p. 410) o qual inclusive, ressalta que a utilização dessa terminologia, ao invés de “gratificação” objetivou afastar qualquer possibilidade de alteração ou supressão desse direito. A matéria ainda não foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que, a pesquisadora comunga com o entendimento ora explicitado, no sentido de que a verba é intocável, só podendo ser alterada através de Emenda à Constituição. No entanto, ante a intensa e tensa flexibilização dos direitos trabalhistas merece atenção especial das entidades de representação dos trabalhadores no sentido de manter tal direito intocável, em respeito ao ditame da Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se, por oportuno que dita verba não foi objeto de

alteração pela Lei nº 13.467/17. Dito regulamento, no art. 611-B deixou explicitado que a gratificação natalina não pode ser suprimida ou reduzidas pelos instrumentos coletivos de trabalho (acordo e convecção coletiva), apesar da prevalência deles sobre a Lei, inteligência do art. 611-A.

Feitas tais considerações sobre os aspectos históricos do direito do trabalho no Brasil, o próximo tópico é fazer essa abordagem na Argentina,

## **2.2. Na Argentina**

Inicialmente, vale ressaltar que em linhas gerais, a construção desse tópico pautou-se no artigo produzido na Cámara Argentina de Comercio y Servicios, de Janeiro de 2018, pela Unidad de Estudios y Proyectos Especiales, intitulado “Historia del derecho laboral argentino”. O artigo traduzido pela autora apresenta de forma sucinta a trajetória histórica do direito do trabalho na Argentina.

A legislação trabalhista na Argentina apareceu, como em vários outros países, como medidas de proteção. Uma das primeiras regulamentações do trabalho foi a Lei 4661 de 1905, que estabeleceu o descanso dominical. Considerada a “Primeira lei do trabalho” e o pontapé para outras leis nessa área.

Em 1907 foi promulgada a Lei 5.291, regulamentando o trabalho de mulheres e crianças, estabelecendo, entre outras, a proibição de contratar crianças menores de 10 anos. Nesse mesmo ano, um decreto presidencial criou o Departamento Nacional do Trabalho – o embrião do atual Ministério do Trabalho. Em 1912, o Congresso aprovou a Lei Orgânica 8.999 que ampliou as funções do referido Departamento. Esse fato levou o país a ser um dos primeiros países no mundo com intervenção do Estado para tratar e resolver problemas inerentes às relações de trabalho.

Em 1929, foi promulgada a Lei 11.544, que regulamentou a duração da jornada de trabalho, cuja vigência se faz atualmente. Em 1933 foi promulgada a Lei 11.723, que tratava de Remuneração e

férias pagas, inicialmente, aos trabalhadores do setor comercial. Ante as reivindicações por parte do ente sindical, em 1945, Juan Domingo Perón, então Secretário do Trabalho e Previsão, ampliou o direito de tirar férias pagas para trabalhadores de todos os setores, através do Decreto 1740.

Com o passar dos anos outros direitos trabalhistas foram conquistados. Na década de 1940, o Departamento Nacional do Trabalho foi transformada em Secretário de Estado, e a pasta nominada de Secretário do Trabalho e Previdência Social, atualmente Ministério do Trabalho, Emprego e Segurança Social Nacional.

Outro ponto a destacar foi a institucionalização das primeiras varas do trabalho, em 1944, criada para resolver conflitos que surgiram entre os empregadores e os trabalhadores.

No ano seguinte, por meio do Decreto 33.302 foram consagrados pela primeira vez, dentre outros, o conceito de estabilidade no emprego, salário mínimo e vital, e o “sueldo anual complementario”.

Assim que iniciou o primeiro mandato de presidente de Perón e, com a reforma da Constituição Nacional de 1949, o direito ao trabalho passou a ser constitucional. Os direitos ao trabalho, à justa remuneração, à formação, a condições dignas de trabalho, à saúde e ao bem-estar pessoal do trabalhador e de suas famílias, à seguridade social e ao progresso econômico foram incorporados à Constituição. Embora a referida Constituição Nacional tenha sido suprimida após o golpe de 1955, em 1957 uma nova reforma constitucional incorporou à Constituição o artigo 14 Bis, que se refere aos direitos trabalhistas.

Durante a década de 1960, inúmeras normas e leis foram promulgadas objetivando regulamentar aspectos das relações de trabalho existentes, associações sindicais e seguridade social, sendo a mais importante - em termos de direito individual - a Lei 20.744/74 - do Contrato de Trabalho, que, com várias reformas, continua vigente e regulamenta a matéria.

Nos últimos anos, continuaram a ser editadas normas que contribuíram para o atual direito do trabalho na Argentina, e nisso se

observa a particularidade deste ramo do direito, no que concerne a sua constante formação, dinamismo e evolução. Os normativos estão a se adaptar à realidade social, regulando as novas relações de trabalho, no âmbito individual entre empregador e trabalhador, e no nível coletivo entre associação profissional e associação empresarial. De acordo com Héctor Recalde<sup>5</sup> (RECALDE, 2014; p. 78):

A história argentina que narra as leis trabalhistas e, em um sentido mais amplo, as leis sociais, revela o período inaugurado em maio de 2003, período de florescimento desta tutela logo após a posse de Néstor Kirchner à Presidência da Nação e da Presidente Cristina Fernández de Kirchner. (...) um período de incorporação de direitos com uma tendência marcada para a redistribuição da renda e, particularmente, para a equalização de direitos e oportunidades para todos os habitantes do solo argentino. (RECALDE, 2014; p. 78. Tradução da autora)

A legislação infraconstitucional que trata do Contrato de Trabalho é a Lei 20.744/1974. É composta por 277 artigos, dentre os quais, se encontra expresso, no Capítulo III, do artigo 121 ao 123, disposições sobre o Sueldo anual complementário, no tocante ao seu conceito, época do pagamento e, em caso de extinção do contrato de trabalho, o pagamento proporcional.

As regulamentações laborais que tratam especificamente sobre o Sueldo anual complementário são a Lei nº 23.041 e o Decreto nº 1078/84. A Lei nº 23.041 é composta por três artigos os quais disciplinam sobre a liquidação do Sueldo anual complementário na atividade privada, Administração Pública Central e descentralizada, empresas do Estado, joint ventures e empresas do Estado.

---

<sup>5</sup> A historia argentina que narra las leyes em materia laboral, y em sentido más amplio, las leyes de tinte social, describen el período inaugurado em mayo de 2003, período de florecimiento de este derecho tutelar a partir de la assunción del Néstor Kirchner a la Presidencia de la Nación e la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner. (...) um período de incorporación de derechos com uma marcada tendência a la redistribución del ingreso y particularmente a la igualación de derechos y oportunidades para todos os habitantes del suelo argentino.

Feito esse breve e panorâmico histórico sobre o direito do trabalho, passaremos ao próximo tópico que trata do movimento pela normatização dos direitos trabalhista.

### **3. Breve história do movimento pela normatização dos direitos trabalhistas**

Nascido no século XIX, frente ao cenário criado pela Revolução Industrial em que afluía a exploração desumana do trabalho, o Direito do Trabalho passou por limites, a exemplo da falta de equalização entre trabalhadores e patrões. Uma maior oferta de operários, levando a um barateamento de sua mão de obra e, por consequência, a redução drástica do poder de barganha, fomentava a exploração perversa e degradante da classe oprimida dos trabalhadores pelos algezes patrões.

#### **3.1. Os Direitos Trabalhistas no Mundo**

A trajetória da busca pela normatização dos direitos trabalhistas está relacionada com o movimento de repulsa à exploração da força de trabalho decorrente da avidez pelo lucro no processo de produção capitalista.

A Europa sediou a conjuntura desequilibrada entre o capital e o trabalho, em fins do século XVIII, quando estava no auge a Revolução Industrial. Conta Vito Giannotti que naquele século era patente, no cenário internacional, o antagonismo na relação laboral entre o patrão e o trabalhador, sendo este último despido de proteção normatizada, como se verifica no trecho a seguir

Nos países europeus nasceu a industrialização. E assim nasceram as fábricas. As condições de vida dos milhões de trabalhadores nas fábricas eram as piores. Os patrões impunham sua vontade absoluta. Do início da industrialização até aproximadamente 1850, podemos

dizer que não havia nenhuma lei que garantisse direitos para a classe operária. Para esta, só havia leis repressivas. Os trabalhadores demoraram algumas décadas para criar suas primeiras associações e sindicatos para se defender (GIANNOTTI, 2009, p. 29).

Nesse contexto, preleciona a professora Vólia Bomfim Cassar,

a prática de que “o contrato faz lei entre as partes” colocava o trabalhador em posição inferior de barganha que, em face da necessidade, acabava por aceitar todo e qualquer tipo de cláusula contratual, submetendo-se às condições desumanas e degradantes (CASSAR, 2010, p. 12).

Surge daí o Direito do Trabalho que propicia, dentre outras, a função tutelar, “porque visa proteger o trabalhador e reger o contrato mínimo de trabalho, protegendo o trabalhador de cláusulas abusivas, garantindo-lhe um mínimo” (CASSAR, 2010, p. 12).

Em meados do século XX, o cenário econômico global foi impulsionado pelo *tylorismo*, um “modelo de organização social da produção de mercadorias instaurado na era da mundialização do capital” (ALVES, 2000, p. 250), que investiu na reestruturação da produção a partir de novas técnicas de contratação e execução do trabalho. Pondera Giovanni Alves (2000, p. 71), que novas relações de trabalho se configuraram. Então, a classe trabalhadora se bipartiu entre trabalhadores polivalentes, capacitados, com criatividade e iniciativa, auferindo melhores salários e aqueles com parca capacitação, expurgados ao chão das indústrias, mal remunerados.

Esta bipolarização entre trabalhadores de que não se tinha notícias em séculos pretéritos e que foi estrategicamente pensada pelos economistas para impulsionar a mundialização do capital, foi apontada pela doutrina como primeiro indício da fragilização do movimento sindical, pois, a partir de então, tal movimento não conseguiu acompanhar o metabolismo do mundo do trabalho.

Na conjuntura internacional, se implantou o sistema econômico neoliberal que, segundo Francisco Meton Marques de Lima, foi um novo modelo econômico “idealizado no Consenso de Washington, de

1989 (LIMA; LIMA; MORERIRA, 2009, p. 24)” que trouxe consequências negativas para a classe trabalhadora.

No tocante às sequelas deste modelo econômico o autor referenciado destaca a flexibilização das normas trabalhistas e as terceirizações da mão de obra. Nesta linha, Giovanni Alves (2000, p. 79) acrescenta o desemprego estrutural e a “desespecialização” do operário como resultados da nova configuração do capital.

### **3.2. Os Direitos Trabalhistas no Brasil**

Historicamente, o trabalho teve origem com a escravidão onde o trabalhador era considerado como uma coisa, sem quaisquer direitos trabalhistas. A seguir veio a servidão onde a atividade laboral era trocada pela fixação na terra e proteção. Na fase seguinte, as chamadas corporações mantinham relação trabalhista autoritária destinada aos seus interesses. Só com a revolução industrial e o trabalho assalariado surgiu o Direito do Trabalho.

Portanto, o Direito do Trabalho foi conquistado pela classe trabalhadora através da constante luta entre o capital e o trabalho, ou seja, o lucro e a exploração da mão de obra. Esse conflito que a busca pela justiça social impulsionou o diálogo entre empregador e empregado no que se refere a relação de trabalho que foi efetivado com intervenção do estado para resolver os conflitos por ela ocasionados.

No período de 1949 a 1964, a produção industrial brasileira cresceu três vezes e meio com ampliação do mercado interno, levando a um expressivo incremento do número de assalariados (CASSAR, 2010, p. 20). Ainda, de acordo com Vólia Bomfim Cassar:

A sistematização e consolidação das leis num único texto (CLT) integrou os trabalhadores no círculo de direitos mínimos e fundamentais para uma sobrevivência digna. Além disso, proporcionou o conhecimento global dos direitos trabalhistas por todos os interessados, principalmente empregados e empregadores (CASSAR, 2010, p. 20).

A proteção ao trabalhador desde a criação da CLT não foi

estaque, mas progressiva. A Constituição Federal de 1988 explicita em seu art. 7º, o rol exemplificativo da proteção aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Em legislação específica se contempla a proteção a outras modalidades de trabalho a exemplo do doméstico e do bancário ao tratar de direitos básicos ao trabalho como férias, décimo terceiro e outros.

### **3.3. Os Direitos Trabalhistas na Argentina**

A Constituição Nacional foi criada em 1853, tendo sido submetida à diversas reformas (1860, 1866, 1890, 1957 e 1994). A Constituição Nacional, atualmente em vigência na Argentina fora sancionada no dia 15 de dezembro de 1994 e promulgada em 03/01/1993. O artigo 14 Bis da Constituição Nacional trata de direitos dos trabalhadores, bem como organização sindical livre e democrática. Também garante o direito sindical de negociação coletiva, de recurso à conciliação e arbitragem, o direito à greve.

De acordo com Arturo Bronstein, (BRONSTEIN, 2011; p. 15) a primeira legislação trabalhista na Argentina foi adotada pela primeira vez nas décadas do século XX. As primeiras áreas a serem regulamentadas, mesmo antes de 1910, foram o descanso semanal e o trabalho de mulheres e menores. Em 1915 foi aprovada uma Lei sobre acidentes de trabalho e doenças profissionais. Outras legislações se seguiram e, no campo coletivo do direito do trabalho, a organização sindical foi regulamentada na década de 1940, pelo então Secretário do Trabalho, Coronel Perón, e a negociação coletiva, na década de 1950.

Cabe ressaltar que, à medida que a legislação trabalhista foi se aprimorando, sendo enriquecida pelos acordos coletivos e decisões judiciais, findou por ser consolidada em instrumentos normativos, a exemplo do que fora realizado no ano de 1974, com a Lei do Contrato de Trabalho (Ley de Contrato de Trabajo - LCT). Em 1976 dito instrumento normativo foi objeto de reformas que se reproduziram nos anos de 1991, 1995, 1998 e 2000.

Convém pontuar que a Ley de Contrato de Trabajo é muito detalhada e dispõe sobre vários assuntos, dentre os quais, contratos de trabalho, direitos e obrigações de empregadores e empregados, bem como, da remuneração e proteção de salários.

Ademais, Leis especiais foram promulgadas para regular as relações de trabalho em várias ocupações, como, por exemplo, trabalhadores da construção civil, jornalistas e trabalhadores domésticos.

Feito esse breve panorama sobre o Direito do Trabalho, sua origem e função tutelar dos direitos dos trabalhadores, o próximo objetivo é discorrer sobre a Gratificação Natalina - GN, denominada de "Sueldo Anual Complementario- SAC ou "Aguinaldo" na Argentina e no Brasil, intitulada de "Décimo Terceiro Salário".

#### **4. A gratificação natalina: uma trajetória para o Direito**

A Gratificação Natalina (GN), também denominada de Décimo Terceiro Salário, no Brasil, é um direito trabalhista garantido por Lei, referente a uma quantia, ansiosamente aguardada pelo empregado (como também, aposentados, pensionistas e servidores), equivalente a 1/12 (um doze avos) da remuneração por mês trabalhado, pago pelo empregador em duas (02) parcelas, uma entre 1º de fevereiro e 30 de novembro, a outra, até 20 de dezembro.

Esse direito trabalhista, em alguns países da América Latina, dentre os quais a Argentina, tem duas nomenclaturas: a de "Sueldo Anual Complementario" e de "Aguinaldo". O surgimento desse direito nasceu de uma tradição muito antiga de se presentear ou efetuar pagamento extra, nos festejos de final de ano, especialmente, no período de natal. Esse costume teve seus primórdios na cultura do povo celta, que nomeou a prática mencionada de "*eguinad*" (SANCHES DIMINGO, 1993, p. 716).

Cabe ressaltar que, historicamente, esse costume, no Brasil e Argentina, teve origem em um período denominado “populismo latino-americano”, entre as décadas de 30 e 60 a 70, do século pretérito, pós-crise norte americana de 1929, e que foi intitulado de “Varguismo” e “Peronismo, expressões essas relacionadas aos presidentes Getúlio Vargas e Juan Domingo Perón, do Brasil e da Argentina, respectivamente.

Nesse contexto, é importante pontuar que os países supramencionados eram carismáticos e se utilizaram de discursos midiáticos para alcançarem seus objetivos políticos, tendo como foco principal a classe trabalhadora. Do ponto de vista das políticas sociais relata Mariana Guéleri Diluar (DILUAR, 2020, p. 91) que:

As políticas sociais do governo Vargas foram muito mais voltadas a criação de uma base de apoio entre a classe trabalhadora (sempre atrelada aos sindicatos), sendo assim, seu principal feito foi a elaboração da CLT, que lhe forneceu a alcunha de “pai dos pobres”.

O primeiro Peronismo ficou marcado pela criação de direitos sociais em todos os âmbitos (não só no trabalhista), através de medidas que tinham como objetivo final, melhorar a qualidade de vida da população, conhecido como ‘justiça social distributivista’

No entender de Vólia Bomfim Cassar (CASSAR, 2010, p. 797) a Gratificação Natalina “é compulsória e de inquestionável natureza salarial”, sendo matéria disciplinada pelas Leis nº 4.090/62, e nº 4.749/65, como também, pelo Decreto nº 57.155/65. Para a autora citada, a gratificação “só não é devida quando o direito ainda não tiver sido adquirido e o empregado for despedido por justa causa”.

A abordagem seguinte faz referência a trajetória histórica e cultural desse relevante direito trabalhista, a Gratificação Natalina ou Aguinaldo.

#### 4.1. A Gratificação Natalina: aspecto histórico-cultural

É tendência uniforme que a gratificação salarial que é percebida pelo trabalhador a cada período de festa de fim de ano tem sua origem secular. Para autores de obras do Direito do Trabalho e Especialistas na área do direito trabalhista não restam dúvidas de que a gratificação natalina partiu de um costume ou tradição centenária da prática de trocar de presentes e desejar boas festas e um ano novo repleto de coisas boas e bons pressentimentos.

Conforme Rafael Sánchez Domingo (1993, p. 716) a tradição de se trocar presentes ou pagamento que se realizava no período de festas natalinas é muito antiga e remonta ao povo celta que trocavam tâmaras e frutos secos, como uma amostra para desejar um confortável o ano, como se fosse uma " motivação " para demonstrar satisfação e desejar boa sorte. Esse costume do povo celta era conhecido com o nome de "eguinad", com o qual se desejava a alguém algum bem, na ocasião do início do ano ou festa natalina, exprimindo antecipadamente esse desejo.

A tendência de trocar presente entre uns e outros na ocasião do natal é muito difundida em diferentes culturas. Ela segue a crença de que os melhores presságios para o ano que começa são atraídos com presentes generosos. Daí se procede a troca de presentes para expressar o agradecimento pelos bons pressentimentos, não só com palavras como também com presentes. Em Roma se generalizou e foi inclusive institucionalizado o costume de acompanhar com presentes o desejo de boas festas por ocasião dos festejos de natal e ano novo (SANCHES DIMINGO, 1993, p. 716).

Importante pontuar que essa tradição natalina, também conhecida por "aguinaldo", representava uma prática custosa para o pobre, não assim para o rico, pois os clientes ofereciam "Aguinaldo" aos protetores e cuidadores do príncipe, e os discípulos aos mestres. A força do costume obrigava a alguns a dar o que não tinham (MARTINEZ CHAVES et al. 2014, p. 64).

Esclarece o tratadista Rafael Sánchez Domingo (1993, p. 717-18)

que o pagamento extraordinário nasceu com o conceito do empregador que desejava premiar o trabalhador e isso se realizava de acordo com diferentes culturas, em dinheiro ou em espécie. Para o insigne autor, o "Aguinaldo" se transformou em uma atitude onerosa praticada anos atrás por várias profissões, embora fosse uma "despesa" que acabou por sucumbir de tão pesada que era.

Por fim, o nome de "Aguinaldo" se espalhou pelas Américas. Em vários países como Colômbia, República Dominicana ou México, esta palavra foi preservada com o significado de presente (comida e bebida) dado para aqueles que eram parabenizados no Natal. O costume do *aguinaldo* é universal, mesmo em países de grande tradição laica, sendo que a ideia de presente extraordinário estava associado aos festejos de fim de ano, Natal e Ano Novo e ainda que este costume tenha praticamente desaparecido, foi substituído pelo pagamento ou cesta de Natal, instituído em numerosas empresas (SANCHES DOMINGO, 1993, p. 718).

Feito esse panorama histórico e cultural da gratificação auferido pelo trabalhador em período natalino, no próximo tópico será descrito suas características histórico-jurídicas no Brasil e na Argentina, respectivamente.

#### **4.2. A Gratificação Natalina: contexto histórico-jurídico brasileiro**

De acordo com Vólia Bomfim Cassar (CASSAR, 2010, p. 796) "a gratificação de natal surgiu da prática e do costume de presentear o empregado no final do ano". Sendo o Direito fruto do fato social, essa (espaçamento diferente) prática foi legalizada, sendo instituído o 13º salário, disciplinado pelas Leis nº 4.090/62 e nº 4.749/65, e pelo Decreto nº 57.155/65, tornando-o compulsório.

Contudo, esse relevante direito trabalhista nem sempre teve esse contorno legal, vez que, tem sua origem vinculada com uma liberalidade: o costume de presentear alguns trabalhadores, especialmente parentes dos donos de grandes empresas, com

alimentos apropriados para época de festas de fim de ano. Conforme afirma o professor José Augusto Rodrigues Pinto (PINTO, 2003, p.351), o 13º salário é fruto das antigas relações trabalhistas, de cunho paternalista, em que os empregadores eram, na grande maioria das empresas, parentes ou afins dos empregadores. Havia, nessas relações, uma gratificação para os trabalhadores com uma cesta de alimentos típicos dos festejos natalinos.

Posteriormente, esse costume de presentear os trabalhadores com cestas de alimentos foi, paulatinamente, transformado em dinheiro e equiparado ao valor do ganho mensal do trabalhador contemplado. Mesmo assim, apenas alguns trabalhadores eram contemplados, e o presente dependia da capacidade de mobilização e da boa vontade dos empresários. Entretanto, esse tratamento dado para uns trabalhadores e a outros não gerava insatisfação dentre os não beneficiados. No entender de Ricardo Tavares dos Reis,

é de se imaginar que este benefício concedido a alguns trabalhadores ocasionaria um anseio por parte daqueles que não o recebiam, bem como expectativa em relação àqueles que dele já usufruíam. Com o intuito de apaziguar as manifestações dos trabalhadores que pleiteavam igualdade de tratamento, surgiu a referida Lei nº 4090/62, que instituiu a gratificação de Natal, que passou a ser compulsória e não mais facultativa (REIS, 2008; p. 20).

Nesse contexto, até atingir os moldes atuais ditados em lei, o direito a percepção da gratificação natalina não pode ser considerado como um presente ou um prêmio, auferido ao trabalhador brasileiro de forma pacífica e gratuita. Pelo contrário, foi decorrência de um processo de reivindicações, mobilizações e greves.

Dessa forma, foi na década de 1960 que, em meio a uma grande crise política que assolava o país (de um lado se concretizava a renúncia do presidente Jânio Quadros, em 1961, de outro se materializava a posse de João Goulart) se deu o processo de votação de Lei do 13º salário.

Assim, relata Thais Passos (PASSOS, 2017) que:

Em meio à efervescência das lutas sindicais, o deputado trabalhista Aarão Steinbruch apresentou no Congresso novamente o projeto que oficializava o pagamento do 13º salário. Em 5 de julho de 1962 milhares de trabalhadores organizaram, junto com o Comando Geral de Greve (CGG), uma Greve Geral no país, para exigir o pagamento do 13º salário.

(...)

Em 13 de julho, oito dias após a Greve Geral, o 13º salário foi finalmente sancionado por João Goulart, após aprovação no Congresso. “No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus”, dizia a lei.

A Gratificação Natalina ou 13º salário é devida ao empregado urbano, rural, doméstico, aos servidores públicos, aos trabalhadores avulsos e aos temporários; só não é devida se o direito ainda não foi adquirido (considerado assim o décimo terceiro salário após o dia 14 de dezembro de cada ano) ou se o empregado foi despedido por justa causa (art. 7º do Decreto nº 57.155/65); ressalta-se que a verba em comento é compulsória e tem inquestionável natureza salarial (CASSAR, 2010, p. 796-797).

Na Constituição Federal/88, o 13º salário está insculpido, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais como Direitos Sociais, no art. 7º, inciso VIII, como sendo um direito dos trabalhadores e que objetiva a sua melhoria social, como segue:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...); VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

(...)

Hodiernamente, o 13º salário é considerado um direito trabalhista e mesmo com a Lei nº 13.467/2017, (a denominada **reforma trabalhista**) não houve alteração em sua previsão na CLT. Assim, mesmo com a previsão, no art. 611-A, da CLT, de que a convenção coletiva e acordo coletivo têm prevalência sobre a lei, preconiza o art.

611-B, inciso V, desse diploma, que o 13º salário é um dos direitos não sujeitos a supressão ou redução por meio de negociação.

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

(...)

V - valor nominal do décimo terceiro salário; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

(...)

Nas demais modalidades de terminação de contrato, a gratificação é devida proporcionalmente e no caso de extinção do contrato por culpa recíproca, conforme a Súmula 14 do TST, o empregado tem direito a 50% do valor do décimo terceiro salário.

A cada mês ou fração superior a 14 dias o empregado terá direito a 1/12 do benefício; devendo ser pago proporcionalmente pelo empregador nos primeiros 15 dias da doença; corresponde ao valor da remuneração devida em dezembro e deve ser paga até o dia 20 de dezembro de cada ano, compensado o valor já adiantado; entre os meses de fevereiro e novembro o patrão está obrigado a adiantar metade do valor correspondente devido no mês anterior, exceto se houver requerimento tempestivo para que o adiantamento seja feito junto com as férias (CASSAR, 2010, p. 797-98). Ressalte-se, ainda, que sobre a gratificação natalina incidem o FGTS e o INSS.

**Em suma, o 13º salário** significa para o empregado com carteira assinada, pensionista, aposentado ou servidor público brasileiro, um alívio no orçamento doméstico, ajudando nos gastos extras de fim de ano. Em outro ponto de vista, o dinheiro referente à gratificação quando injetado na economia, faz movimentar o comércio e os serviços, dentre outros, além de fortalecer as finanças do Estado.

### **4.3. O Aguinaldo: contexto histórico-jurídico Argentino**

Na Argentina, o “sueldo anual complementário” ou “Aguinaldo” tem suas origens nas celebrações pagãs; começou como iniciativa privada até que foi instituído há 72 anos.

Informa Daniel Balmaceda, em matéria veiculada no LA NACION, de dezembro de 2017, que os antecedentes do bônus de Natal na República Argentina são numerosos. Afirma que começou a ser praticada como iniciativa privada na década de 1880, oportunidade em que alguns comerciantes decidiram premiar seus funcionários pelo desempenho ao longo do ano. Como os salários variavam de acordo com cada empregado, alguns trabalhadores recebiam um grande incentivo, outros uma recompensa respeitável, outros uma boa gorjeta e alguns nada. Daí surgiram grupos de trabalhadores – como o lixeiro, por exemplo - que perambulavam pelos bairros pedindo "o bônus".

Em maio de 1910, o governo municipal de Buenos Aires, liderado por Manuel Güiraldes, tomou a decisão de pagar a todos os seus funcionários um prêmio de um mês, o denominado "Aguinaldo del Centenário". Outro caso semelhante surgiu em Jujuy, em 1924, quando o Congresso provincial aprovou o pagamento do abono de Natal aos servidores públicos, excetuando-se o governador e o vice-governador. Mais casos surgiram mas esses, de origem municipal e provincial, serviram como precedentes ao projeto nacional.

Conforme Daniel Balmaceda (2017), em dezembro de 1945, durante a presidência de facto de Edelmiro Farrell, em 1945, o Decreto 33.302 estabeleceu a criação do Instituto Nacional de Remunerações que, entre outros meios, estabeleceu o pagamento do Salário Complementar Anual, inicialmente para a atividade privada. A medida gerou críticas. O socialista Alfredo Palacios acusou o governo de obter lucro eleitoral (o presidente seria eleito em dois meses), dada a situação econômica e social que oprimia o governo Farrell. Todavia, mesmo com a continuidade dos protestos, o Executivo não voltou atrás e estabeleceu o bônus de Natal, cuja origem mais distante remonta aos tempos antigos, quando os povos do hemisfério norte comemoravam o solstício de inverno.

Na Argentina, o Regime de Contrato de Trabalho encontra-se na Lei nº 20.744/1976, conhecida por “Ley De Contrato De Trabajo” – LCT, já trazia em seu bojo, no Capítulo III intitulado “Del sueldo anual complementario”, disciplinando a gratificação natalina ao positivar seu conceito, época de pagamento, bem como, a proporcionalidade nos casos de extinção do contrato de trabalho (nos artigos 121, 122 e 123 respectivamente). Recentemente, a “Ley 27.073/2015” modificou o artigo 122 da LCT, para introduzir a determinação de que a segunda parcela da gratificação, o empregador deve estimar o vencimento correspondente ao mês de dezembro e que, caso tal estimativa não coincidissem com o salário efetivamente auferido, a parcela será recalculada e a diferença, decorrente da cota acumulada e daquela paga no dia 18 de dezembro, será integrada ao vencimento do mês de dezembro.

Em relação às leis esparsas, o “Sueldo Anual Complementario” está disposto na Lei nº 23.041 sancionada em 22 de dezembro de 1983 e promulgada em 02 de janeiro de 1984 (OIT, 2020). A lei em tela, em seu artigo primeiro estabelece que:

Art. 1º. O vencimento anual complementar na actividade privada, Administración Pública Central e descentralizada, empresas do Estado, empresas mistas e empresas do Estado, será pago com base no cálculo de 50% da maior remuneração mensal acumulada para todos os conceitos no âmbito os semestres encerrados nos meses de junho e dezembro de cada ano<sup>6</sup>.

A Norma supramencionada, que foi destinada para toda atividade privada, bem como a Administração Pública Central e descentralizada, empresas públicas e de economia mista da Argentina, teve sua Regulamentação no Decreto nº 1078/84 que prevê, entre

---

<sup>6</sup> O artigo da Lei em comento em sua idioma oficial: LEY Nº 23.041 ARTICULO 1º — El sueldo anual complementario en la actividad privada, Administración Pública Central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propiedad del Estado, será pagado sobre el cálculo del 50 % de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año (ARGENTINA, 2020).

outras questões, que

a liquidação do complemento do vencimento anual será proporcional ao tempo trabalhado pelos beneficiários em cada um dos semestres em que forem acumuladas as remunerações computáveis, devendo a proporcionalidade ser feita na base de 50 por cento do maior Remuneração nominal mensal apurada para todos os conceitos no semestre em causa e que tal cálculo deve ser efetuado sobre o total da remuneração que corresponde a computar para a liquidação do vencimento anual complementar.

Assim pode-se afirmar que o “Sueldo Anual Complementario” é dividido em duas parcelas, uma metade da gratificação em junho e a outra em dezembro, e que cada metade corresponde a 50% da maior remuneração mensal recebida pelo trabalhador em cada um dos semestres, sendo que a primeira parcela é paga no último dia útil do mês de junho e a segunda, no último dia útil do mês de dezembro. Se durante o semestre o trabalhador não laborou todos os meses (seja porque começou a trabalhar recentemente ou porque o contrato expirou), ela deve ser paga proporcionalmente aos meses trabalhados.

Por tudo exposto, permite concluir que o Sueldo Anual Complementario ou Aguinaldo teve sua origem como uma bonificação vinculada às festas de fim de ano e que, com o tempo, alcançou patamar de direito trabalhista, tornando obrigatório o pagamento da verba em análise. Ressalta-se que com o passar dos anos, novas alterações legislativas têm sido implementadas, não no sentido de seu enfraquecimento mas de seu aperfeiçoamento.

## **5. A Gratificação Natalina: uma breve reflexão**

Como visto, o direito trabalhista em foco teve sua origem ainda no século passado, com o costume e que após muitas reivindicações e lutas foi institucionalizado na Argentina e no Brasil.

Entre os brasileiros, com *status* de direito trabalhista fundamental, a gratificação natalina ou 13º salário encontra-se positivada na Carta Maior de 1988, no Título II como Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo II como direito social e disciplinado no art. 7º, inciso VIII como direito dos trabalhadores que visa à melhoria de sua condição social. Parece fácil de constatar que se trata de um direito muito relevante e intocável.

Sua importância é indubitável, de forma que o trabalhador já fica esperando ansiosamente o momento oportuno para embolsar a quantia que lhe faz jus. A gratificação é de grande valia em sua subsistência, além do que, quando injetado na economia, como no comércio, por exemplo, ela movimentada toda cadeia produtiva; quando paga suas contas, especialmente as públicas, como impostos, contribuindo para alavancar as finanças públicas.

Quando a sua intangibilidade, o maior entendimento é de que tem esse cabimento, assim não podendo ser extinto, mas alterada para beneficiar o empregado. O fundamento é que, embora o art. 7º, inciso VI, da CF/88 trate da irredutibilidade salarial, ele faz exceção quando disposto em convenção ou acordo coletivo. Como o 13º salário tem natureza salarial teria, em tese, cabimento redução.

Outra importante consideração sobre a possibilidade de alteração da gratificação natalina tem vinculação com sua natureza salarial e com as alterações advindas com a implementação da Lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista de 2017.

Nesse sentido, o tratadista Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2017, p. 41) apresenta uma síntese dos aspectos mais dramáticos implementados pela nova lei no campo do Direito Individual do Trabalho. Dentre os quais, mereceu destaque o da descaracterização da natureza salarial de parcelas pagas ao empregado no contexto da relação de emprego, conforme explicitado a seguir:

A descaracterização do salário provoca, evidentemente, forte comprometimento da renda do trabalhador, diminuindo a participação do valor trabalho na economia do País; com isso, induz,

necessariamente, à maior concentração de renda na realidade brasileira, que já é manchada pelo fato de ser uma das mais desiguais do mundo capitalista (DELGADO, 2017, p. 43-44).

Assim, a literalidade das modificações promovidas pela Lei n. 1 3.467/2017 no art. 457 da CLT aponta no sentido de enfraquecer a tradicional relevância do salário no contrato de trabalho, mediante a atribuição de natureza não salarial às parcelas que seriam, por sua própria natureza, nitidamente salariais (DELGADO, 2017, p. 164). Como devidamente pacificado, a gratificação natalina tem natureza salarial e, por óbvio, sofre todos os reflexos que incidem sobre o salário. Dessa forma, se o salário é desprovido de parcelas que não são computadas como salariais, fica reduzido consideravelmente, além de espelhar o cálculo (para menor) da gratificação natalina.

De outro lado, Mauricio Godinho Delgado afirma que o Direito Coletivo do Trabalho

“(...) busca assegurar princípios de garantia à livre e autônoma organização sindical dos trabalhadores, de maneira a permitir sua atuação eficiente na busca da melhoria das condições de trabalho no âmbito do estabelecimento, da empresa e da própria categoria envolvidas”. Contudo, é justamente nessa seara que há outra preocupação. Conforme o doutrinador, “o regramento da Lei n. 1 3.467/2017 visa também, claramente, enfraquecer as entidades sindicais, de distintas maneiras” (DELGADO, 2017, p. 45).

Ora, quando os trabalhadores estão a sofrer alterações em seu contrato de trabalho ou forte ameaça de extinção de seus direitos trabalhista, eles recorrem às instituições sindicais, entidades que lhes representam, reivindicando a garantia de seus direitos. Todavia, como discutido alhures, o regramento da Lei n. 1 3.467/2017 visa também, claramente, enfraquecer as entidades sindicais, de distintas maneiras (DELGADO, 2017, p. 45), dentre as quais, merece destaque para o escopo desse trabalho, o fato de que

o novo diploma jurídico instiga o sindicalismo a se tornar potencial adversário dos trabalhadores, podendo suprimir ou atenuar, por

meio da negociação coletiva trabalhista, largo número de direitos imperativamente fixados na ordem jurídica heterônoma estatal (arts. 61 1-A da CLT, por exemplo, conforme redação imposta pela Lei n. 13.467/2017) (DELGADO, 2017, p. 46).

Por outro lado, na Argentina, de acordo com Arturo Bronstein (BRONSTEIN, 2011, p. 15), regulamentações bem detalhadas protegem os salários, de modo que os empregadores são impedidos de limitar de qualquer maneira a liberdade do trabalhador de dispor de seu salário. De certo que, em caso de insolvência do empregador, os créditos dos trabalhadores são protegidos por um privilégio para que eles tenham prioridade em relação a outros credores, incluindo o Estado e a Segurança Social. Todavia, embora uma lei de 1986 previsse o estabelecimento de um esquema de garantia salarial, ela nunca foi implementada.

De forma distinta, como vista na Argentina (país governado por ideologia de esquerda), o Brasil tem sido governado nos últimos anos por uma tendência política de centro-direita, com o governo atual direitista. Com isso vislumbra-se uma tendência no sentido do fortalecimento do empresariado em detrimento ao trabalhador, fomentando o recrudescimento do desequilíbrio entre o capital e o trabalho, fato que no passado ensejou grandes lutas e conquistas de direitos trabalhistas e que ora podem estar ameaçados.

Essas considerações embora hipotéticas, em meio a conturbadas e recorrentes crises políticas, podem se tornar reais, e, como sempre, para o capitalismo os problemas que afetam a economia, como o desemprego, por exemplo, acaba desaguando nos mais frágeis, a dizer, os trabalhadores. Decerto, é melhor que os obreiros fiquem atentos, pois, as *“soluções inusitadas e impensáveis”* podem apagar, de forma sub-reptícia, um secular rastro de reivindicações, lutas e conquistas.

## 6. Considerações finais

Se a diferença entre o Décimo Terceiro Salário e o Sueldo Anual Complementario é quase imperceptível, de outro lado, suas semelhanças são contundentes. A começar pela origem de ambas, sua vinculação com as festas natalinas, suas trajetórias históricas - de apenas uma gratificação ou bonificação voluntária que o trabalhador recebia de seu patrão ao final do ano a um direito trabalhista, compulsório, vigente em diversos diplomas legais trabalhistas de ambos os países.

Sua relevância para o trabalhador, para sua subsistência e de sua família, é incontestável, vez que contribui para as suas despesas de final de ano. Para o Estado, a gratificação ajuda a movimentar a economia, em especial quando sua aplicação é feita no setor comercial.

Quanto a possibilidade de sua existência para o futuro, o lado Argentino, ao que parece, sinaliza no sentido de cada vez mais aperfeiçoar esse direito, a exemplo da última alteração legislativa que garantiu o recálculo do valor final direito em caso de alteração salarial. O lado Brasileiro, por outra ótica, com a reforma trabalhista de 2017, fomentada pela flexibilização dos direitos laborais, colocou em cheque a intocabilidade desse direito trabalhista, além contribuir para fragilizar a instituição que representa e defende seus representados nas questões trabalhistas – o sindicato.

Portanto, necessário se faz que o trabalhador brasileiro fique atento à flexibilização de seus direitos, tão arduamente conseguidos outrora, mas que hoje estão concretamente ameaçados frente ao paulatino avanço do capital sobre o trabalho, e que as entidades sindicais trabalhem muito e rápido, para serem mais fortes e representativas para estarem prontas para os embates hercúleos vindouros.

## Referências

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. São Paulo: Boitempo, 2000.

ARGENTINA. Cámara Argentina de Comercio y Servicios. **Historia del derecho laboral argentino**. 2018. Disponível em: [https://www.cac.com.ar/data/documentos/37\\_Historia%20del%20Derecho%20Laboral%20Argentino.pdf](https://www.cac.com.ar/data/documentos/37_Historia%20del%20Derecho%20Laboral%20Argentino.pdf) . Acesso em: 02 nov. 2020.

ARGENTINA. Legislación Argentina. Ley de Contrato de Trabajo. Disponível em: [https://argentina.mylex.net/legislacion/ley-contrato-trabajo-lct-art-1\\_314069.html](https://argentina.mylex.net/legislacion/ley-contrato-trabajo-lct-art-1_314069.html). Acesso em 04 nov. 2020.

ARGENTINA. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. **Aguinaldo**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/casasparticulares/empleador/remuneracionesyrecibos/aguinaldo>. Acesso em 22 out. 2020

BALMACEDA, Daniel. **De dónde viene el "aguinaldo"**. LA NACION. 2017. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/de-donde-viene-el-aguinaldo-nid2095064/>. Acesso em: 26 out. 2020.

BRONSTEIN, Arturo. **Perfil da legislação trabalhista nacional: República da Argentina**. OIT, 2020. [http://www.ilo.int/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS\\_158890/lang--en/index.htm](http://www.ilo.int/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158890/lang--en/index.htm). Acesso em 26 out. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

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

GIANNOTTI, Vito. **História das lutas dos trabalhadores no Brasil**. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2009.

Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Disponível em <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em 15/10/2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em 15/10/2020.

JESUS, Miqueas Liborio de. **Décimo terceiro salário: nossa jaboticaba de todo ano**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77472/decimo-terceiro-salario-nossa-jaboticaba-de-todo-ano>. Acesso em: 13 out. 2020.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e**

**Processo Trabalhista.** 13. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Neotrabalhismo.** In: MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. MOREIRA, Sandra Helena Lima. **Repensando a doutrina trabalhista: o neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo.** São Paulo: LTr, 2009.

MARTÍNEZ CHÁVEZ, Cindy Raquel e ORANTES DE GUANDIQUE, Lorena del Carmen (2014) **Flexibilidad laboral, como una limitación en el ejercicio y goce de las prestaciones sociales a favor de los trabajadores.** Tese de bacharelado, Universidad de El Salvador. Disponível em: <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6543/1/Flexibilidad%20laboral,%20como%20una%20limitaci.Pdf>. Acesso Em 22 out. 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** Editora Saraiva, 3ª Edição, São Paulo, 2012.

OIT. Organización Internacional Del Trabajo. **NATLEX** Base de datos sobre legislación nacional del trabajo, la seguridad social y los derechos humanos. Argentina, 2008. **Decreto núm. 1078/84 Reglamentario de la ley núm. 23041 sobre sueldo anual complementario.** Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28165/norma.ht>. Acesso em 04 nov. 2020.

OIT. Organización Internacional Del Trabajo. **NATLEX** Base de datos sobre legislación nacional del trabajo, la seguridad social y los derechos humanos. Argentina, 2008. **Ley núm. 23041 de sueldo anual complementario.** Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28165/norma.ht>. Acesso em 04 nov. 2020.

PASSOS, Thais. **13º salário é conquista da luta dos trabalhadores brasileiros.** Disponível em: <https://apufpr.org.br/2017/12/14/13o-salario-e-conquista-da-luta-dos-trabalhadores-brasileiros/>. Acesso em 21 out. 2020.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito Individual do Trabalho.** 5ª edição. Editora LTr. São Paulo, 2003.p.351.

RECALDE, Héctor. Derejeo del trabajo. **Uma historia pendular e um caminho irreversible.** In: Revista de trabajo. Ano 10, nº 12. Nova Época, 2014.

REIS, Ricardo Tavares dos. **Principais características da gratificação natalina.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1765, 1 maio 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11221>. Acesso em: 21 out. 2020.

SANCHEZ DOMINGO, Rafael, **“Origen Histórico Jurídico del Aguinaldo”**,<sup>1ª</sup> Edición, Burgos, España, 1993. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3041014>. Acesso em: 25 out. 2020.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Flexibilização, desregulamentação e o Direito do Trabalho no Brasil.** 1995. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alonso B. et alii (Org.), **Crise e trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?** São Paulo: Scritta, 1996.

# Capítulo 12

## BREVE ABORDAGEM SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E URUGUAIA

Thiago Pinheiro de Azevedo<sup>1</sup>

**Resumo:** A pesquisa se propõe a apresentar noções gerais sobre a Terceirização Trabalhista no Brasil e no Uruguai. Na oportunidade, serão abordadas as diferenças e semelhanças, fazendo um paralelo com as disposições legais em pontos essenciais, quais sejam a responsabilidade do prestador de serviços e do tomador pelo não pagamento das verbas trabalhistas. Veremos que no Brasil, o instituto era regulado pela súmula 331 do TST que estabelecia a responsabilidade subsidiária do tomador e que no Uruguai a responsabilidade do tomador mudou de solidária para subsidiária de um ano para o outro. Outro aspecto importante é no que se refere aos de tipos de atividades nas quais são permitidas as terceirizações.

**Palavras-chave:** Terceirização. Regulamentação. Responsabilidade.

### 1. Introdução

A terceirização é um fenômeno comum entre os países do mundo, dentre os quais, os latinos Brasil e Uruguai. No Brasil o tema não foi tratado na Constituição Federal, mas na legislação

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestre pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Faculdade Christus (2006). Especialista em Direito Tributário, Trabalhista e Previdenciário pela Faculdade Ateneu. Membro do GRUPE (Grupo de Estudos em Defesa do Direito do Trabalho e do Processo Trabalhista) da Universidade Federal do Ceará desde 2008. E-mail: thiagopinheiro2112@yahoo.com.br.

infraconstitucional (Lei 6.019/1974; Lei 7.102/1983 e Lei 13.429/2017). No Uruguai, o tratamento legal pode ser verificado na Lei 18.099/2007 e Lei 18.251/2008.

A pesquisa objetiva apresentar uma breve comparação entre a terceirização trabalhista no Brasil e no Uruguai, abordando alguns aspectos da legislação, como responsabilidade solidária e subsidiária, direitos trabalhistas dos terceirizados, atividades possíveis de terceirização etc. A escolha foi feita em razão de serem vizinhos, bem como pelo fato do autor ter realizado outro trabalho de direito comparado sobre a temática das negociações coletivas entre os dois países.

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

O sistema capitalista se desenvolve, cria mecanismos que visam o aumento de produção, redução de custos e ampliação do mercado consumidor. Por outro lado, a humanidade precisa se adequar para receber as inovações, sem perder a essência, na necessidade de proteção como forma de garantir a sua coexistência.

Cumprir destacar que a terceirização consiste no repasse, na delegação, na transferência da produção de uma determinada atividade para que um terceiro realize, via contrato, podendo acontecer tanto no setor público quanto na iniciativa privada, caso que ocorre em ambos os países aqui abordados.

O Brasil tratou a terceirização de forma discreta na Consolidação das Leis Trabalhista, na perspectiva do contrato de subempreitada. Posteriormente legislou, mas restringiu para algumas atividades e atualmente passou a permitir a terceirização irrestrita. O Uruguai resolvia todos os seus conflitos com *Consejo de Salários* (Lei 10.449/1943), não tendo norma para regular a terceirização, vindo a vivenciar a regulamentação em 2007, com a publicação das Lei 18.099/2007 e

em 2008, com o advento da Lei 18.251/2008, que teve como principal mudança, por pressão da classe empresarial, a responsabilização subsidiária do tomador de serviços em relação as verbas trabalhistas dos empregados terceirizados.

Nessa esteira, o presente artigo tratará da temática no âmbito da iniciativa privada no aspecto da legislação do Brasil e do Uruguai, atentando para o ordenamento jurídico dos referidos países. A mais, como metodologia de pesquisa, utilizou-se a análise dos dispositivos legais e da doutrina especializada, com pesquisa bibliográfica que permitiu o autor delinear de maneira sucinta a evolução história da terceirização em geral e nos países citados.

## **2. Diálogo sobre a terceirização trabalhista no Brasil e no Uruguai**

### **2.1. Terceirização**

As origens da terceirização remetem ao contexto bélico da Segunda Guerra Mundial, que propiciou o desenvolvimento dada a necessidade de produção rápida, específica e especializada de armamentos, considerando que, rapidamente, se acabavam e precisavam de reposição imediata em razão do conflito.

A terceirização é da atividade, e o trabalhador detém vínculo trabalhista com a empresa que foi contratada, podendo ocorrer terceirização da produção de bens ou contratação de empresa para realizar tarefas que eram executadas pela contratante.

A transferência de produção gera uma cadeia de impactos na relação de trabalho, pois, além de alterar a antiga bilateralidade entre empregador e empregado, insere uma outra figura que não deixa de ser empregador, obviamente, mas passa a integrar o polo que se vale da prestação do serviço junto com o tomador dos serviços, que é aquele que contrata a empresa interposta, cujo vínculo trabalhista

principal e clássico é com o empregado.

A relação, agora trilateral, consubstancia a perspectiva e o ideal capitalista que tem interesse no desenvolvimento de tal prática inovadora ao entender que poderia ser muito eficiente pela necessidade de produção rápida, custo menor, dada a mão de obra especializada, maior possibilidade de previsibilidade de despesas. Tudo gerido em torno do aumento do consumo.

Destaca-se que a razão de existir da terceirização se aglutina no eixo do sistema capitalista, procurando a redução de custos e desperdícios, a redução do tempo de produção pela especificidade na contratação de empresas, elevação do padrão de qualidade do serviço em prol do consumidor, eficiência, redução no quadro funcional de empregados, redução nas reclamações trabalhistas, situações que torna a terceirização “simpática”. Por outro lado, alguns aspectos trazem preocupação, dentre as tais, a flexibilização das leis trabalhistas que elevam um conjunto de reflexos negativos com repercussão na dignidade do trabalhador.

É fato que muitas mudanças de paradigma, com justificativa na modernidade, tendem a ser flexibilizadoras de direitos nas relações trabalhistas, de modo que tendem a provocar um distanciamento entre a nova regulamentação, que precisa existir para pacificar ou reduzir conflitos que venham a se originar, estabelecendo assim um contraponto aos direitos fundamentais sociais. Seguindo esse indicativo, a com a terceirização, surge uma tendência para trazer à baila, discussões sobre a precarização do trabalho ao deslocar permanentemente o empregado do local onde labora, assumindo um papel social de descartabilidade. Como também, questões sobre responsabilidade no pagamento de verbas rescisórias, principalmente, porque, via de regra, empresas interpostas, culturalmente, tendem a desaparecer ou apresentar-se com insolvência.

## 2.2. Terceirização no Brasil

Historicamente, no Brasil, uma das primeiras atividades econômicas que passaram a praticar a terceirização ou sublocação de mão de obra foram as instituições bancárias nos serviços de segurança e vigilância, passando a não mais contratar e treinar pessoas para executar aquele tipo de serviço que, anteriormente, era atribuição do banco enquanto empregador. A lei 7.102/1983, que dispõe sobre a regulamentação nos estabelecimentos financeiros, inclusive dispondo sobre o funcionamento das empresas particulares para explorarem os serviços de vigilância e transporte de valores, viabilizou a terceirização naquele setor.

Nessa perspectiva, o TST editou a súmula 331, por meio da qual, no inciso III, orientou que nem todas as atividades desenvolvidas por uma empresa interposta, ao prestar serviços à empresa tomadora, seriam permitidas de forma limitada, além de exigir que inexistisse pessoalidade e subordinação na relação posta:

Súmula 331, TST III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Verifica-se, assim, que, mesmo reformulada a súmula, a permissão estava restrita à atividade-meio, ou não essencial, ou seja, aquelas que não estão relacionadas com a atividade principal desenvolvida, por exemplo, vigilância, alimentação, limpeza, portaria, conservação, recepção etc. Ficou claro que o TST considerava ilegal as empresas tomadoras de serviço contratarem uma empresa interposta para desenvolver sua atividade principal.

De certa forma, por um bom tempo, a súmula 331 do TST “regulou” os conflitos trabalhistas oriundos dessa relação trilateral, permitindo a responsabilização de maneira subsidiária do tomador de serviços, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas:

Súmula 331, IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

(...) VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referente ao período da prestação laboral.

Ressalta-se que o item VI da súmula foi criado em 2011 para pacificar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de conceder maior segurança jurídica ao tomador de serviços, limitando a responsabilidade ao período laborado pelo empregado.

A terceirização da prestação de serviços no Brasil, em suma, consiste em uma relação contratual cível entre a empresa tomadora de serviços – a que possui atividade central e contrata uma outra empresa para executar serviços diretamente – e a empresa interposta – empresa contratada que executa os serviços que pertencem à tomadora. Em regra, para prestar atividade, a empresa necessita de empregados, cujo vínculo empregatício se dá unicamente com esta. Na prática, os empregados prestam o serviço à empresa tomadora, mas a relação de trabalho é com a interposta. Maurício Delgado (2016, p. 487) esboça o conceito:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno, insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. Terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Nesse sentido, no âmbito das empresas modernas, muitos trabalhadores não possuem mais o vínculo com aquela que presta serviço, mas com outra que os fornece com material para realizar atividade.

A legislação brasileira trata da temática, dentre outras normas, na Lei 6.019/1974, em que, por meio dos art. 4º e 4º-A, antes de sofrerem alteração pela Lei 13.429/2017, permitia que a pessoa física pudesse intermediar a mão de obra e que os serviços prestados pela empresa fossem específicos:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de serviços.

(...) Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos

Art. 4o-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos. (BRASIL, 1974, s.p).

Somente em 2017, com o advento da lei 13.429/2017, que alterou e acrescentou alguns dispositivos na Lei 6.019/1974, foi que ficou definida, de forma expressa, a terceirização de serviços:

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.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou

sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Mesmo antes da alteração legislativa, a precarização das relações de trabalhos consubstanciadas com a terceirização das atividades acessórias, ou atividade-meio, já apresentava impactos significativos, como as perdas de direitos trabalhistas, a exemplo da perda do direito às férias – considerando um lapso temporal o período aquisitivo nos vínculos trabalhistas com as empresas prestadoras de serviço –, busca incessante na produção de metas e mudança permanente no ambiente de trabalho, considerando o rodízio de empregados no fornecimento do material humano à empresa contratada.

Agora, a nova lei permitiu a terceirização em todos os setores das atividades empresariais. Por exemplo, imagine-se um supermercado que é dividido em setores como mercearia, frios, frigorífico, padaria, hortifruti etc. A permissão abrange a possibilidade de cada setor citado poder ser de responsabilidade de empresas diferentes, com empregados próprios em escalas de revezamento, representados por sindicatos diferentes, com direitos trabalhistas, convenções e acordos coletivos negociados em diversas condições de formas heterogêneas.

Caso curioso e peculiar, cuja temática envolve justamente as consequências da mudança legal trazida pela Lei 13.429/2017, ao permitir a terceirização irrestrita de quaisquer atividades, ocorreu no Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, em uma ação ajuizada no ano de 2016, pelo Sindicato dos Empregados no Comércio Varejista de Gêneros Alimentícios de Fortaleza, em ação cujo causídico é o autor do presente artigo.

A Ação Civil Pública proposta pela entidade sindical contra um Supermercado ocorreu porque a empresa reclamada passou a terceirizar, de maneira irregular e ilícita, o setor de padaria que funcionava no interior do estabelecimento, coexistente com outros setores, como frios, frigorífico e mercearias, áreas ligadas diretamente à atividade essencial (**Atividade-Fim**) do Supermercado, cujos empregados eram diretamente contratados pela reclamada. Na ACP, o

sindicato narrou que os empregados eram todos vinculados à empresa interposta e que a intenção da empresa reclamada constituía uma tentativa de burlar a legislação e reduzir os postos de trabalho dos empregados em supermercado, que de fato ocorreu. No pedido, o ente sindical requereu que os vínculos dos empregados fossem alterados, inserindo a empresa tomadora no polo contratual.

As decisões judiciais de 1º e 2ª graus foram favoráveis à entidade sindical, mas o TST mudou o rumo da vida dos empregados:

(...) POSTO ISTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente Ação Civil Pública, proposta pelo SECVGAF (SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO VAREJISTA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS DE FORTALEZA) em face do SUPERMERCADO COMETA, para reconhecer o vínculo de emprego diretamente entre o promovido e os funcionários da Padaria Romana e condená-lo ao pagamento das diferenças entre os salários dos empregados da padaria e o piso estabelecido nos acordos e convenções coletivas firmadas entre o sindicato autor e o requerido, ou o sindicato patronal que o representa. (...) Condeno também o requerido a abster-se de terceirizar, nos estabelecimentos localizados em Fortaleza (CE), suas atividades-fim, o que abrange, nos limites do pedido, os setores de frigorífico, mercearia, reposição, "hortifrut" e frios, além da padaria. Por fim, condeno o requerido ao adimplemento de indenização por danos morais coletivos, no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), que devem ser revertidos ao FAT.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPERMERCADO COMETA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Restando caracterizada a terceirização de atividade-fim da demandada, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício com o empregador dissimulado, em homenagem não somente ao princípio da primazia da realidade, mas, também, aos princípios da imperatividade das normas trabalhistas e da indisponibilidade dos direitos laborais. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Figurando o Sindicato como substituto processual, resta devida a condenação em verba honorária advocatícia, conforme disposto no item III da Súmula 219 do TST. Recurso conhecido e não provido. Publicação em 15.12.2017.

TST EMENTA Desse modo, dou provimento ao agravo de instrumento, para convertê-lo em recurso de revista, do qual conheço, por má aplicação da Súmula nº 331, III, do TST e, no mérito, dou-lhe provimento

para julgar totalmente improcedentes os pedidos deferidos na presente ação, uma vez que calcados exclusivamente na declaração de ilicitude da terceirização. Publicação 28.03.2019. (BRASIL, 2020, s. p)

Como se verifica, o TST reformou o acórdão do TRT da 7ª Região, encontrando fundamento na declaração de ilicitude da terceirização que, antes da lei, por envolver atividade-fim, era considerada ilegal.

Ainda em relação a nova lei, agora quanto a responsabilidade subsidiária, ratificou-se o entendimento preconizado na súmula 331 do TST quanto à responsabilidade subsidiária durante o período da prestação de serviços:

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.

5o A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

Destarte, verifica-se que a terceirização, antes regulada por uma súmula do Tribunal Superior do Trabalho, foi albergada pela legislação brasileira de maneira mais detalhada através da Lei 13.429/2017, de forma que o dispositivo acima pode ser considerado um dos mais polêmicos porque permitiu a delegação irrestrita das atividades desenvolvidas pela empresa, isto é, todas as tarefas da empresa podem ser terceirizadas.

## **2.3 Terceirização no Uruguai**

É sabido que o capitalismo se constitui um fenômeno mundial e, como tal, recria-se e estende-se de forma cada vez mais globalizada e sem fronteiras, buscando sempre o desenvolvimento de meios que aumentem a produção, reduzam custos e ampliem o consumo. Na

mesma linha de outros países, uma empresa contratante estabelece uma relação cível com uma contratada para que esta, ao seu risco, contrate empregados para realizar determinadas funções que eram atribuídas à primeira. Nessa perspectiva, assim ensina Gustavo Gauthier (2007, p. 181):

En términos generales, pueden identificarse fundamentalmente dos posiciones sobre el alcance del término subcontratación: una restringida, donde el concepto se asimila más bien a la concepción civilista del subcontrato y una amplia, donde la subcontratación comprende todos aquellos casos donde el empleador contrata con terceros actividades descentralizadas en relación a la organización originaria.

Até o ano de 2007, no Uruguai, não existia legislação que tratava da temática da terceirização, mesmo dada a coexistência da prática na sociedade, tanto é que, de forma precária, quem resolvia os conflitos era o *Consejo de Salários* (Lei 10.449/1943), bem como pela Lei 10.449/1940 que, diferentemente e menos protecionista, previa responsabilidade subsidiária do empresário que utilizasse intermediários ou subcontratados para execução das atividades da empresa. Nesse sentido, o marco da regulação uruguaia se deu com a publicação das Leis 18.099/2007 e 18.251/2008.

Em linhas gerais, a Lei 18.099, de 2007, vem tratar da possibilidade de o empresário ou empregador utilizar-se da subcontratação, intermediação e fornecimento de mão de obra para desenvolver suas atividades. Além disso, trata da responsabilidade solidária nas obrigações trabalhistas, da necessidade de comunicação aos trabalhadores sobre as condições de trabalho, bem como da não possibilidade de os empregados subcontratados receberem benefícios inferiores aos recebidos pelos demais.

Quanto à responsabilidade solidária, que em regra estabelece uma maior proteção ao trabalhador, a Lei 18.099/2007 sofreu acentuada pressão empresarial, sendo considerada uma monstruosidade:

Ciertos actores del sector empresarial han desarrollado una fuerte actitud de negación reactiva a la Ley 18.099. Se la considera como un engendro monstruoso y siniestro que les pone en estado de pánico jurídico. Se insiste en su revisión, derogación o, al menos, relativización. Sin desconocer abiertamente la constitucionalidad de su sanción por mayoría indiscutible de un parlamento democrático, la actitud se acerca peligrosamente a las fronteras del cuestionamiento de legitimidad. (VICENTE, 2008, p. 55).

Já a Lei 18.251/2008 define as figuras que envolvem a gestão e as regulações entre as empresas e os trabalhadores, as responsabilidades do empregador e da empresa principal, relativizando, para o contratante, a responsabilização subsidiária, após cumprimento de alguns requisitos, dentre eles, a não realização da fiscalização, conforme preceitua o art. 6º, da Lei 18.251/2008:

Art 6º. (Responsabilidad del patrono a empresa principal).- Cuando el patrono o la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4º de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el artículo 1º de la Ley Nº 18.099, de 24 de enero de 2007, con la limitación temporal allí establecida y el alcance definido en el artículo 7º de la presente ley. (URUGUAI, 2008, s. p).

Nesse sentido, o Tribunal de Apelação do Uruguai entendeu pela condenação solidária, alterando a sentença que tinha entendido pela responsabilidade subsidiária:

**FALHA:** Confirmase la sentencia impugnada excepto en cuanto acogió la excepción de carencia de legitimación de terena s.a, en lo cual se revoca la impugnada condenándose a terena s.a solidariamente con la codemandada tamara tuduri a abonar al actor los créditos condenados en autos, revocase asimismo la impugnada en cuanto no hizo lugar al reclamo por horas extras condenándose a las codemandadas solidariamente a abonar al actor dicho concepto determinado según se expresa en los considerandos de la presente con más reajustes, interés y multa legal y daños y perjuicios preceptivos hasta el efectivo pago. Dfa-0014-000593/2018 sef-0014-000393/2018. Número 393/2018.

Publicação: 25/10/2018. Ficha 397-502 / 2017. (URUGUAI, 2018, s. p).

A decisão, quanto às horas extras, condenou solidariamente os dois réus. Considerou que o tomador não efetuou as fiscalizações. Cumpre destacar que o empregador principal não contestou as afirmações do autor da ação quanto ao período, condições e local de atuação.

Em sentido contrário, mas de acordo com a Lei 18.251/2008, quanto à responsabilidade solidária, a empresa tomadora foi condenada de forma solidária no pagamento das verbas, mas o Tribunal de Apelação alterou para condenar em responsabilidade subsidiária:

Falla: Confirmando la sentencia apelada, salvo en cuanto se condena a ute con alcance solidario, en lo que se revoca. En su lugar, se determina la responsabilidad de ute en forma subsidiaria. Número 198/2019. Publicación 31.07.2019. Ficha 530-510/2018. (URUGUAI, 2019, s. p).

Diante disso, em sentido amplo, as verbas rescisórias, a multa prevista no art. 29, da Lei nº 18.572 e a indenização obrigatória são devidas de forma subsidiária.

Cumpre destacar que a Lei 18.251/2008 cria a definição das figuras que retratam a situação em questão acerca das modalidades, objetivando o esclarecimento:

A) (Subcontratista). Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

B) (Intermediario). Intermediario es el empresario que contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal.

C) (Empresa suministradora de mano de obra). Agencia de empleo privada o empresa suministradora de mano de obra es la que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución. (URUGUAI, 2008, s.p).

No Uruguai, na discussão sobre o tema e no âmbito de aplicação legal, existem as figuras da subcontratação e intermediação e do fornecimento de mão de obra que se aplicam a qualquer tipo de empregador, com previsão legal de responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas dos contratados, bem como contribuições previdenciárias, conforme aponta o art. 1º, da Lei 18.099/2007, que, semelhante à legislação brasileira, preceitua que a responsabilidade é limitada ao período de subcontratação, intermediação e fornecimento de mão de obra, por conta do intermediador, considerando, da mesma forma, que o empregado tem o vínculo com este:

Art 1º. Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediários o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores. (...) La responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra, por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas. (URUGUAI, 2007, s.p).

A responsabilidade solidária do tomador de serviços leva em consideração tanto as fontes heterônomas, quanto as fontes autônomas que criam e regulam o direito do trabalho uruguaio. Não há desprezo nem afastamento das conquistas sociais incorporadas pelas negociações coletivas, no que tange à responsabilidade pelo pagamento, seja do tomador ou intermediador da mão de obra:

Es apreciable que la responsabilidad de la empresa principal no solamente está referida a materias o condiciones de trabajo consagradas en normas de origen heterónomo, sino que también alcanza a las que tengan origen en la negociación colectiva, a condición de que los convenios que las consagren se encuentren registrados. (ARIGON, 2017, p. 247).

Ainda nos aspectos da responsabilidade do tomador ou empresa principal, termo mais utilizado na legislação uruguaia, a proteção tanto p-à pela vida quanto à pela saúde dos empregados é dever de todos, conforme estabelece o art. 7, Lei 18.251/2008:

Art. 7º. Cabe destacar que en este aspecto la responsabilidad de la empresa principal no es directa, en el sentido de estar obligado a adoptar medidas concretas para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores "subcontratados", sino de colaborar en la adopción de medidas de resguardo y seguridad a efectos de evitar accidentes. Los contornos de esta obligación estarán determinados en gran parte por el tipo y las características que la descentralización o el recurso a la mano de obra revistan en cada caso. (URUGUAI, 2007, s. p).

Diversamente, quanto às sanções administrativas decorrentes das desconformidades com a relação trabalhista, cada empresa responderá de maneira individual, podendo ser penalizada se for comprovada a participação direta.

Questão interessante no processo da legislação Uruguaia é a impossibilidade de contratar via subcontratação para substituição de empregados que estão recebendo benefício do governo em razão de suspensão parcial ou integral do contrato de trabalho, evitando, assim, uma prática de má-fé que as empresas pudessem incorrer. Mesmo porque, se a empresa suspende o contrato parcial ou integralmente, se justifica por alguma dificuldade financeira, como dispõe o art.3º, da Lei 18.099/2007:

Art. 3º. En ningún caso podrán emplearse las modalidades de contratación referidas en el artículo 1º de la presente Ley para reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio

por desempleo por la causal de suspensión parcial o total de trabajo o en conflicto colectivo, sin perjuicio de las disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales. (URUGUAI, 2007, s. p).

Outro aspecto importante que vivenciamos em diversos lugares é a questão da terceirização fraudulenta, em que tentam mascarar uma realidade que de fato não existe. O princípio da primazia da realidade poderá ser aplicado no caso concreto para aferir-se a verificação da ocorrência ou não:

Ya fuere presentando al propio trabajador como un aparente tercero, formalizándolo como empresa unipersonal independiente com quien contratar entre empresas y bajo el régimen del Derecho comercial común. Ya, vistiendo a un jerarca de la burocracia empresarial con la apariencia de una empresa independiente (e insolvente) para que fuere ésta quien entrara en relación laboral con el personal obrero. La configuración de la apariencia de un tercero (ya parte de la empresa, ya el propio empleado) constituyen el procedimiento de tercerización fraudulenta. También estas situaciones son resueltas atendiendo al principio de la realidad, detectando síntomas de simulación que permitan separarlas de las relaciones interempresariales verdaderas. (VICENTE, 2008, p. 32).

Nesses termos, Vicente faz menção a Mario de la Cueva:

(...) «los caracteres de patrono y trabajador se adquieren, no por la celebración de un contrato, sino por el hecho de utilizar o prestar un servicio». «El Derecho del Trabajo sólo comienza a regir a partir del momento em que se inicia la prestación del servicio». Lo que le permitía calificar al contrato de trabajo como «contrato realidad», «puesto que existe no em el acuerdo abstracto de voluntades sino en la realidad de la prestación del servicio» siendo «ésta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia». (VICENTE, 2008. P. 32.)

Questão interessante é o tipo de atividade desenvolvida a ser objeto de terceirização ou subcontratação. No Brasil, somente no ano de 2017, a lei passou a permitir a terceirização irrestrita. No caso do Uruguai, não existem restrições de atividades, sejam principais ou não:

La norma uruguaya aclaró que las obras o servicios pueden referir tanto a las actividades principales como accesorias. Con ello se pretendió evitar la discusión doctrinaria y jurisprudencial que se ha planteado en los antecedentes argentino y español. En algunas decisiones recientes, los tribunales de trabajo han dejado expresamente consignado que no existen impedimentos jurídicos para que se proceda a la tercerización de actividades principales y que, en puridad, la distinción entre actividad principal versus actividad secundaria, no sirve a los efectos de delimitar el campo de la tercerización lícita.( ARIGON, 2017, p. 247).

Pelo que se nota, o Uruguai observou a tendência espanhola e argentina e acabou por seguir entendimentos diversos, como ocorreu recentemente no Brasil, não fazendo diferença quanto ao tipo de trabalho a ser exercido por uma empresa terceira e parceira e não estabelecendo limitação na atividade-meio ou fim.

### **3. Considerações finais**

O estudo tratado neste artigo buscou abordar e apresentar uma comparação do instituto da terceirização entre dois países latino-americanos, Brasil e Uruguai, acerca de um tema que envolve muitas polêmicas e acaloradas discussões na doutrina e na jurisprudência, pontuando semelhanças e diferenças nos ordenamentos.

A terceirização é um fenômeno Global necessário para o novo modo de produção capitalista. O produto advindo daí, seja pelo fornecimento de mão de obra para execução de determinada tarefa, seja pelo desenvolvimento de produtos e insumos materialmente palpáveis, dentre outras modalidades, serve ao capitalismo porque uma empresa que desenvolve produtos ou serviços determinados, gerencialmente e organizacionalmente, o faz de maneira a permitir agilidade, especificidade, eficiência, redução de custos, pronto atendimento e substituição no quadro de pessoal quando necessário, principalmente nos casos de afastamentos e suspensões.

A terceirização possui diversas desvantagens, como a falta de isonomia entre os empregados terceirizados e os que possuem vínculo direto; aumento na rotatividade dos empregados, dificultando a adaptação do empregado e assim o aproximando ainda mais da concepção de que a mão de obra humana é descartável; demora no recebimento de verbas trabalhistas, no caso de rescisão contratual, dada a possibilidade de insolvência das empresas terceirizadas; conflitos entre sindicatos que acabam por fomentar a falta de isonomia entre os trabalhadores, bem como negociam acordos e convenções coletivas diversas; redução do vínculo trabalhista direto com o tomador de serviços; no caso da terceirização irrestrita abre-se a possibilidade da quarteirização; falta de credibilidade das empresas contratantes para com os empregados da empresa interposta; além do problema na comunicação com essas pessoas etc.

A discussão da terceirização no Brasil sempre ficou à margem da legislação, englobando poucas atividades, como a de vigilância, depois estendendo para limpeza, recepção e outras atividades-meio e, por fim, após o advento da Lei 13.429/2007, que alterou os dispositivos da Lei 6.019/1974, permitindo a terceirização irrestrita. Por muito tempo, a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho resolvia os conflitos dessa relação trilateral, restringindo os tipos de atividades que poderiam ser terceirizadas (atividade-meio) e estabelecendo a responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços nos casos de não adimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa tomadora.

No Uruguai, a regulamentação ocorreu de forma mais específica nos anos de 2007 e 2008. Todavia, a terceirização foi permitida nas atividades principais e acessórias e a responsabilidade do tomador de serviços, pelas verbas trabalhistas não pagas, variou, de um ano para o outro, de responsabilidade solidária para responsabilidade subsidiária.

No âmbito da responsabilidade subsidiária, encontramos o primeiro aspecto comum entre os ordenamentos, a empresa tomadora do serviço só deverá adimplir as verbas rescisórias em caso de não pagamento pela empresa interposta. A segunda semelhança passa a acontecer no ano de 2017, quando o Brasil passa a permitir

a terceirização irrestrita, seja da atividade-meio ou atividade-fim. Outra semelhança a ser apontada é o dever de fiscalização por parte da empresa tomadora de serviços, principalmente no que se refere à situação dos empregados, se estão sendo pagos os salários e recolhidas as contribuições estatais vinculadas ao contrato de trabalho.

Pelo que se verifica, a legislação uruguaia se aproxima mais do núcleo de proteção inerente aos direitos fundamentais sociais, principalmente, no que se refere aos requisitos legais que impõem a fiscalização por parte da empresa contratante em relação aos reflexos da relação trabalhista entre a empresa interposta e seus empregados que prestam serviços nas atividades que pertencem àquela.

## Referências

ARIGON, Mario Garmendia. Régimen legal de la subcontratación laboral en uruguay. **Revista Científica Faculdades do Saber**, Mogi Guaçu, v. 2, n. 3, p. 247-265, 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. N.331 Disponível em [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html). Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. **Ação Civil Pública**. Processo 00001027-24.2016.5.07.0006 Disponível em: <https://pje.trt7.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/listProcessoCompleto.seam?id>. Acesso em: 14 nov. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016. Pag. 487.

GAUTHIER, Gustavo. Amplificación de la responsabilidad del empresario que utiliza subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra: el caso uruguayo a partir de la sanción de la Ley n. 18.099. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 31, p. 181-200, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/105312>. Disponível em: 17 nov. 2020.

URUGUAI. Lei nº 18.099, de 24 de janeiro de 2007. **Actividad privada. Seguridad social. Seguros por accidentes de trabajo y responsabilidad**

**solidaria**, 2007. Disponível em: <https://www.impco.com.uy/bases/leyes/18099-2007>. Acesso em: 19 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 18.251, de 6 de janeiro de 2008. **Tercerizaciones laborales. Responsabilidad Solidaria**. Disponível em: <https://www.impco.com.uy/bases/leyes/18251-2008>. Acesso em 19 nov. 2020,

\_\_\_\_\_. (2018) Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Tercer Turno. Ministra redactora: Dra. Lina Fernández Lembo. **DFA-0014-000593/2018 SEF-0014-000393/2018**. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojalnsumo2.seam?cid=542835>. Acesso em: 20 nov. 20.

\_\_\_\_\_. (2019) Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Segun. Turno. Ministro redactor: Dra. Silvana Gianero Demarco. **SEF nº 0013-000198/2019**. Disponível em <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojalnsumo2.seam?cid=542969>. Acesso em 20 nov. 20.

VICENTE, Alfredo Fernández. **Tercerizaciones laborales: una investigación sistémica sobre la innovación legislativa del 2007**. Ediciones IDEAS, 2008. p. 32.

## Autores

---

### **Francisco Gérson Marques de Lima** (organizador)

*Doutor, Professor no PPGD/UFC,  
Subprocurador-Geral do Trabalho*

- **Aline Lorena Mourão Moreira** (*Mestranda, Auditora Fiscal do Trabalho*)
- **Ariadna Fernandes Silva** (*Mestra, doutoranda, advogada*)
- **Cássio Casagrande** (*Doutor, Professor no PPGD/UFF, Procurador do Trabalho*)
- **Charles da Costa Bruxel** (*Mestrando, servidor público*)
- **Clovis Renato Costa Farias** (*Doutor, professor, advogado*)
- **Gabriel Lima Valentim** (*Mestrando, pesquisador*)
- **Ivo Dantas** (*Doutor, Professor no PPGD/UFPE, advogado*)
- **Maria Ervanis Brito** (*Mestra, Doutoranda, Auditora Fiscal do Trabalho*)
- **Mônica de Sá Pinto Nogueira** (*Mestra, professora, advogada*)
- **Rafael Henrique Dias Sales** (*Mestrando, professor, advogado*)
- **Regina Sonia Costa Farias** (*Mestra, professora, advogada*)
- **Thiago Pinheiro de Azevedo** (*Mestre, advogado*)

## Conteúdo da obra

O GRUPE-Grupo de Estudos em Direito do Trabalho, em parceria com o PPGD-Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu*, ambos da Universidade Federal do Ceará, trazem esta relevante contribuição acadêmica ao Direito Comparado do Trabalho.

São realizadas comparações entre o Direito brasileiro do trabalho e o Direito corrente em vários países, como Chile, Portugal, França, Uruguai, Argentina, Espanha, Estados Unidos etc.

Os temas envolvem tanto o direito individual do trabalho quanto o direito coletivo, passando pelas negociações coletivas, greves, organização sindical, trabalho intermitente, formas de contratação etc.



Coletânea de artigos de membros do GRUPE e  
aluno(a)s da Pós-Graduação em Direito  
**Universidade Federal do Ceará** |  
Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito



[www.excolasocial.com.br](http://www.excolasocial.com.br)

ISBN 978-65-993343-0-6

