

O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO À LUZ DO CENTENÁRIO DA OIT:

PERSPECTIVAS E DESAFIOS EM UM MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO

Organizadores

Daniel Damásio Borges
Víctor Hugo de Almeida
Ana Clara Tristão

**O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO À LUZ
DO CENTENÁRIO DA OIT:
PERSPECTIVAS E DESAFIOS EM UM
MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO**



Pedro & João
editores

O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO À LUZ DO CENTENÁRIO DA OIT:

PERSPECTIVAS E DESAFIOS EM UM MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO

Organizadores

Prof. Associado Daniel Damásio Borges (FCHS/UNESP)

Prof. Dr. Víctor Hugo de Almeida (FCHS/UNESP)

Prof. Ma. Ana Clara Tristão (FCHS/UNESP)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Agnaldo de Sousa Barbosa

Prof. Dr. Alexandre Marques Mendes

Profa. Dra. Analúcia Bueno Reis Giometti

Profa. Dra. Cirlene Aparecida Hilário da Silva Oliveira

Profa. Dra. Elisabete Maníglia

Prof. Dr. Genaro Alvarenga Fonseca

Profa. Dra. Helen Barbosa Raiz Engler

Profa. Dra. Hilda Maria Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Jean Marcel Carvalho França

Prof. Dr. José Duarte Neto

Profa. Dra. Josiani Julião Alves de Oliveira

Prof. Dr. Luis Alexandre Fuccille

Profa. Dra. Paula Regina de Jesus Pinsetta Pavarina

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Ricardo Alexandre Ferreira

Profa. Dra. Rita de Cássia Aparecida Biason

Profa. Dra. Valéria dos Santos Guimarães

Profa. Dra. Vânia de Fátima Martino

Editoração

Profa. Ma. Ana Clara Tristão (FCHS/UNESP)

Prof. Dr. Víctor Hugo de Almeida (FCHS/UNESP)

A presente obra foi realizada com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de
Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) – Processo nº 0262/2021 -
88881.638971/2021-01 – Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP.



**DANIEL DAMÁSIO BORGES
VICTOR HUGO DE ALMEIDA
ANA CLARA TRISTÃO**

**O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO À LUZ
DO CENTENÁRIO DA OIT:
PERSPECTIVAS E DESAFIOS EM UM
MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO**



Pedro & João
editores

Copyright © Autoras e autores

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos das autoras e dos autores.

Daniel Damásio Borges; Víctor Hugo de Almeida; Ana Clara Tristão [Orgs.]

O direito do trabalho brasileiro à luz do centenário da OIT: perspectivas e desafios em um mundo em transformação. São Carlos: Pedro & João Editores, 2024. 431p. 16 x 23 cm.

ISBN: 978-65-265-1414-6 [Impresso]
978-65-265-1415-3 [Digital]

1. OIT. 2. Trabalho. 3. Direito do trabalho. 4. Autores. I. Título.

CDD – 370/340

Capa: Ana Clara Tristão com finalização técnica de Luidi Belga Ignacio

Ficha Catalográfica: Hélio Márcio Pajeú – CRB - 8-8828

Revisão: Lourdes Kaminski

Diagramação: Diany Akiko Lee

Editores: Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

Conselho Editorial da Pedro & João Editores:

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luís Fernando Soares Zuin (USP/Brasil); Ana Patrícia da Silva (UERJ/Brasil).



Pedro & João Editores

www.pedroejoaoeditores.com.br

13568-878 – São Carlos – SP

2024

APRESENTAÇÃO

Criada pelo Tratado de Versalhes de 1919, que pôs fim ao primeiro grande conflito mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem uma finalidade ambiciosa: realizar a justiça social na sociedade internacional, ao assegurar aos trabalhadores direitos que lhes permitam viver dignamente.

Para que esse objetivo seja atingido, a OIT tem privilegiado a ação normativa: a aprovação de convenções internacionais que estabelecem parâmetros mínimos em matéria trabalhista, obrigando os Estados que as ratificam a respeitá-los em sua legislação nacional.

Deveras, desde 1919, a OIT aprovou 190 convenções, as quais versam sobre os mais diferentes aspectos das relações trabalhistas, como liberdade sindical, segurança e saúde no meio-ambiente do trabalho e limitação da jornada de trabalho.

Nos dias atuais, a aplicação dessas convenções enfrenta vários desafios. Desafio econômico, em face das constantes mudanças do processo e da acirrada competição pelo mercado internacional. Desafio tecnológico, em virtude das possibilidades abertas pela técnica para a configuração de novas formas de relações de trabalho. Desafio político, diante dos questionamentos da legitimidade de uma legislação protetora que assegure direitos mínimos aos trabalhadores.

Tais desafios têm ampla repercussão no Direito do Trabalho brasileiro. Partícipe das negociações em Versalhes e membro fundador da OIT, o Brasil ratificou um número significativo de convenções aprovadas pela Organização. Assim, tais convenções constituem uma poderosa fonte para o aperfeiçoamento da legislação trabalhista brasileira e uma salvaguarda contra a supressão de direitos que façam parte dos parâmetros mínimos por elas estabelecidos.

Esta obra coletiva tem exatamente por propósito refletir sobre a contribuição das convenções da OIT para o direito brasileiro, por ocasião das comemorações do centenário da criação dessa organização internacional. Desse modo, procura-se discutir de que modo a OIT influencia a legislação trabalhista brasileira, em um contexto político e econômico desfavorável à salvaguarda dos direitos dos trabalhadores.

Prof. Associado Daniel Damásio Borges

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Profa. Ma. Ana Clara Tristão

SUMÁRIO

PARTE I – A OIT: O PASSADO E O FUTURO DE UMA ORGANIZAÇÃO CENTENÁRIA

O PAPEL DA OIT NO MOMENTO DO SEU CENTENÁRIO	13
Alain Supiot	

O PAPEL DA OIT NO DIREITO INTERNACIONAL PÓS-MODERNO	49
Paulo Borba Casella	

NOVO SÉCULO, NOVAS PERSPECTIVAS: ESTRATÉGIAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO RUMO À PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE	67
Maria Hemília Fonseca Catharina Lopes Scodro	

PARTE II – A OIT E O SEU PAPEL NA GÊNESE E NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO

O PROCESSO DE ELABORAÇÃO E APROVAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 190 DA OIT	91
Ana Clara Tristão Victor Hugo de Almeida	

LABOUR STANDARDS E NORMAS SOBRE DURAÇÃO DO TRABALHO: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DA CONVENÇÃO Nº 155 DA OIT	107
Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto	

A “JURISPRUDÊNCIA DE SOFT LAW” DOS ÓRGÃOS DE SUPERVISÃO DA OIT	125
Claire La Hovary	

**REVISITANDO A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA SOCIAL NO
CENTENÁRIO DA OIT EM PROL DO TRABALHO DIGNO E AS
DIRETRIZES PARA OS ANOS VINDOUROS** 149

Juliane Caravieri Martins

**PARTE III – A ATUAÇÃO NORMATIVA DA OIT EM FACE DAS
TRANSFORMAÇÕES SOCIOECONÔMICAS**

**TOMANDO A MEDIDA DE MUDAR A MOBILIZAÇÃO DO
TRABALHO NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO
TRABALHO NO DESPERTAR DA CRISE DA DÍVIDA SOBERANA** 173

Claire Kilpatrick

**A PROTEÇÃO DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS E O
DUMPING SOCIAL: QUAIS ARBITRAGENS?** 229

Rafael Ensinas de Muñagorri

**INTERSECCIONALIDADE E RELAÇÕES DE TRABALHO NO
BRASIL PÓS-CONVENÇÃO Nº 111 DA OIT** 251

Humberto Bersani

**O TELETRABALHO NA REFORMA DE 2017 NO BRASIL E A
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT):
PONDERAÇÕES E PROJEÇÕES** 271

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

**PARTE IV – A INFLUÊNCIA DAS NORMAS DA OIT SOBRE OS
DIREITOS DO TRABALHO NACIONAIS**

**ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE O USO DAS NORMAS DA
OIT PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS** 291

Xavier Beaudonnet

**A RATIFICAÇÃO DAS CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS E DE
GOVERNANÇA DA OIT PELOS ESTADOS AFRICANOS:
ALGUMAS LIÇÕES** 319

Augustin Emame

Arcadius Allogho

**A INFLUÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO
TRABALHO NA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA
MIGRATÓRIA BRASILEIRA** 337

Otavio Pinto e Silva
Daniela Wernecke Padovani

**AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES ENTRE AS RECENTES
ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA E
AS NORMAS INTERNACIONAIS DA OIT RATIFICADAS PELO
BRASIL** 357

Raphael Pires do Amaral
Sandor Ramiro Darn Zapata

**A CONVENÇÃO Nº 159 DA OIT E A INCLUSÃO DAS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO
NO BRASIL** 383

Eliana dos Santos Alves Nogueira
Gabriela Marcassa Thomaz de Aquino

**O FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL COMPULSÓRIA E A
POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO COLETIVA PARA SEU
DESCONTO DE TODA A CATEGORIA** 401

Camila Martinelli Sabongi
Henrique Correia

**TRABALHO INFANTIL: CONTROVÉRSIA SOBRE LIMITES DE
IDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA** 419

Homero Batista Mateus da Silva
Gianítalo Germani

PARTE I

A OIT: O PASSADO E O FUTURO DE UMA ORGANIZAÇÃO CENTENÁRIA

O PAPEL DA OIT NO MOMENTO DO SEU CENTENÁRIO¹

THE ROLE OF THE ILO AT THE TIME OF ITS CENTENNIAL

Alain Supiot*

INTRODUÇÃO

O centenário da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é uma oportunidade histórica para reafirmar seus princípios fundadores e esclarecer sua implementação nas condições específicas do século XXI.

Os princípios constitucionais sobre os quais se baseia a OIT, de fato, nada perderam de seu valor ou relevância. Considerando "que uma paz universal e duradoura só pode ser fundada com base na justiça social", o preâmbulo da sua Constituição atribuiu-lhe a missão primordial de impedir que "a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho verdadeiramente humano obstrua os esforços de outras nações para melhorar a sorte dos trabalhadores em seus próprios países". Cabe-lhe, portanto, não impor o mesmo sistema de trabalho a todos os Estados, mas apoiar os esforços daqueles que desejam melhorar a situação de seus trabalhadores e evitar que

¹ Artigo originalmente publicado por Alain Supiot, em 2020, na *Revue Internationale du Travail*, sob o título "*Les tâches de l'OIT à l'heure de son centenaire*". Artigo traduzido por Juliano Barra.

* Professor Emérito do Collège de France. Membro emérito do Institut d'Etudes Avancées de Nantes.

esses esforços os coloquem em desvantagem em relação a países que não o fazem.

A esta primeira missão, a Declaração de Filadélfia acrescentou uma segunda, que consiste em assegurar que "todos os programas de ação e medidas de natureza económica e financeira" sejam de natureza "a promover, e não a impedir [...] o direito (de todos os seres humanos) a buscar seu progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com igualdade de oportunidades". Compete-lhe "tomar todas as medidas que considere oportunas" para que a organização econômica e financeira internacional sirva este "objetivo fundamental" de maior justiça social.

As condições em que essas duas missões são realizadas mudaram profundamente desde o fim da Segunda Guerra Mundial. Convém identificar as novas questões colocadas pelo trabalho no século XXI (seção 1), antes de discutir as respostas que poderiam ser dadas (seção 2).

1. NOVOS DESAFIOS: O FUTURO DO TRABALHO NO SÉCULO XXI

A organização do trabalho no mundo é hoje palco de três grandes convulsões, que são outros tantos desafios a serem enfrentados pela OIT: um desafio tecnológico, um desafio ecológico e um desafio institucional.

1.1 Um desafio tecnológico

As condições para o estabelecimento do "regime de trabalho realmente humano" a que se refere a Constituição da OIT variam de acordo com o estado da arte (Musso; Supiot, 2018). Com efeito, cada época tende a assimilar o trabalho dos homens às outras forças produtivas de que dispõe, de modo que cada revolução tecnológica conduz a novas formas de desumanização. Até a era industrial, essa desumanização assumiu, assim, a forma de escravidão ou servidão,

que estende aos trabalhadores a condição de animais domésticos. Desde o século XVIII, a imaginação tecno-científica tem assimilado os homens às máquinas.

Durante a segunda revolução industrial, a “organização científica do trabalho” consistia, assim, em tratar os trabalhadores como dispositivos mecânicos subordinados ao ritmo inflexível das cadeias de produção.² Esta assimilação foi tornada suportável pela legislação laboral que, ao mesmo tempo que fez deste estado de subordinação o critério do contrato de trabalho, acompanhou-o de certas garantias físicas e econômicas e consagrou a liberdade de associação para permitir que os trabalhadores atuem e negociem coletivamente. Expressão dessa troca entre subordinação e segurança, o trabalho assalariado tornou-se então a forma paradigmática de trabalho.

Com a revolução informática, a assimilação do trabalhador à máquina ganha uma nova face. Já não é concebido segundo o modelo de uma máquina que obedece mecanicamente aos comandos que recebe, mas segundo o do computador, ou seja, uma “máquina inteligente”, capaz de atingir até mesmo os objetivos que lhe são atribuídos, reagindo em tempo real aos sinais que o atingem.

Daí o surgimento da “gestão por objetivos”, que consiste em deixar uma margem de autonomia na execução do trabalho, por meio do controle de desempenho, medido por indicadores numéricos. Ao paradigma da *subordinação* sucede o da *programação* operária. Esta governação por números já não se limita aos trabalhadores e empregados, mas estende-se aos quadros superiores e aos trabalhadores independentes, bem como às empresas e aos Estados (Supiot, 2015). Esta revolução técnica apresenta novos riscos, ao mesmo tempo em que cria novas oportunidades para o estabelecimento de um “sistema de trabalho verdadeiramente humano”.

² Ver Weil (1964). Sobre o debate gerado por essa organização “científica” no movimento operário, consultar Trentin (1997).

Os riscos são os de afundar na desumanização do trabalho. À influência física sobre o trabalhador junta-se agora uma influência cerebral. O trabalhador conectado é o elo de uma rede de comunicação chamado a processar uma quantidade cada vez maior de informações, 24 horas por dia, e avaliado com base em indicadores de desempenho recortados de sua experiência concreta da tarefa a ser realizada. No setor hospitalar, essa governança por números leva, por exemplo, a “tratar o índice e não o paciente”.³ Essa desrealização do trabalho se reflete em um aumento espetacular de patologias mentais no trabalho,⁴ mas também no aumento de fraudes e mão de obra precária. A assimilação do trabalho do homem ao da máquina também alimenta a fantasia do “fim do trabalho” e de um mundo onde a “inteligência artificial” suplantaria gradativamente a dos seres humanos. De fato, se imaginarmos o trabalhador como um ser programável, o espetacular progresso das máquinas programáveis torna inevitável seu desaparecimento.

As oportunidades abertas pela revolução informática são, pelo contrário, as de uma re-humanização do trabalho, no sentido indicado pela Declaração de Filadélfia, quando apela ao “emprego dos trabalhadores em ocupações em que tenham a satisfação de dar o máximo de sua capacidade e conhecimento e melhor contribuir para o bem-estar comum”.

Essa questão do conteúdo e do sentido do trabalho não tinha lugar na “organização científica do trabalho” industrial, que reduzia o escopo da justiça social a uma troca de quantidades de tempo e dinheiro subordinados. O fato de nossas “máquinas inteligentes” se encarregarem amanhã de tudo o que é programável no trabalho dos homens deveria permitir concentrar este trabalho em sua parte propriamente poética, ou seja, aquela que supõe liberdade, criatividade ou atenção a outros dos quais nenhuma máquina é capaz. Em outras palavras, a revolução do computador é uma oportunidade histórica para estabelecer, além do emprego

³ Ver JDD (2015), um artigo de cerca de cem médicos hospitalares.

⁴ Na França, o número dessas condições aumentou sete vezes em cinco anos, de 2012 a 2017 (L'Assurance Maladie, 2018).

assalariado, um “regime de trabalho verdadeiramente humano” para todos.

1.2 Um desafio ecológico

É através de seu trabalho que a espécie humana se insere em seu ecúmeno e o transforma. Daí a ambivalência do trabalho humano, que denota tanto o esforço, a submissão à ordem da natureza, quanto a criação, a dominação da natureza.⁵ Às vezes, é a sujeição das pessoas às coisas, outras vezes, é a sujeição das coisas às pessoas; o trabalho faz o demiurgo assim como faz o escravo. Por meio de seu trabalho, o *homo faber* busca, em princípio, adaptar seu meio ambiente às suas necessidades, ou seja, dar origem a um cosmos a partir do caos, a um mundo humanamente habitável a partir do repugnante. Isso é o que a noção de “mundialização” designa em seu sentido primordial. No entanto, através de seu trabalho, o *homo faber* pode, inversamente, destruir ou devastar, intencionalmente ou não, seu meio ambiente, tornando-o humanamente inabitável.⁶ Isso é o que o processo de “globalização” implica, estendendo a todo o planeta um mesmo modelo de desenvolvimento que sabemos ser insustentável. Por isso, o colapso de muitas civilizações humanas frequentemente resultou em sua história de sua capacidade de adaptar a organização do trabalho às restrições de seu ambiente natural (Diamond, 2005).

A questão do trabalho e a questão ecológica são inseparáveis, pois é por meio de seu trabalho que o homem molda seu ecúmeno (Berque, 2000; Laurent, 2011). No entanto, a revolução industrial foi incapaz de reconhecer os limites dos recursos naturais e, ao contrário, incentivou a superexploração deles, levando nosso planeta

⁵ Esta ambivalência do trabalho encontra-se em muitas linguagens, que distinguem, por um lado, a dor, o trabalho (ponos [Πόνος], labor, Arbeit, Laodong [劳动]) e, por outro lado, o trabalho, a criação (ergon [ἔργον], work, Werk, Gongzuo [工]).

⁶ Sobre essa necessária distinção entre “mundialização” e “globalização”, ver Supiot (2019d).

ao que hoje chamamos de a era do antropoceno, ou seja, um período marcado pelo impacto determinante da atividade humana no ecossistema terrestre.⁷

A estagnação ou declínio dos rendimentos do trabalho e o aumento vertiginoso das desigualdades continuam a ser questões cruciais (Piketty, 2013)⁸ que não podem ser permanentemente obscurecidas pela "teoria do gotejamento" (*trickle down economics*) (Parienty, 2018). Mas reduzir a justiça social a esses termos quantitativos de troca salarial (quantidade de salários e horas de trabalho) foi uma das fragilidades do modelo social herdado do pós-guerra, totalmente indexado a indicadores econômicos: crescimento, PIB, taxa de desemprego.

Isso esconde o fato de que a organização do trabalho e a preservação do meio ambiente são duas faces da mesma moeda. Isto é verdade ao nível das áreas de emprego, que devem ser desenvolvidas para promover os curtos-circuitos⁹, à semelhança do que acontece à escala internacional. Produzir produtos pesados em um extremo do mundo para consumi-los no outro é obviamente ecologicamente insustentável¹⁰. No entanto, o direito comercial internacional e as políticas neoliberais promovem a mobilidade de pessoas e bens sem levar em conta seus custos sociais e ambientais.

⁷ Este conceito foi avançado pela primeira vez pelo Prêmio Nobel de Química, Paul J. Crutzen (2002). Sobre a "execução do trabalho", na representação contemporânea da relação entre o homem e a Terra, ver Berque (2018).

⁸ Ver a excelente obra de Thomas Piketty (2013), cujo sucesso mundial ilustra a conscientização sobre este aumento das desigualdades e os perigos que isso representa.

⁹ Esta é uma das lições na França do movimento dos "coletes amarelos" que ocorreu no final de 2018. Essa revolta espontânea dos trabalhadores das classes médias baixas levantou-se contra a dupla restrição imposta pelo governo e pelas empresas, que consistia em exigir deles cada vez mais mobilidade, ao mesmo tempo em que os tornava financeiramente responsáveis pelo impacto ecológico do transporte rodoviário.

¹⁰ Se o volume do transporte marítimo continuar a crescer no ritmo atual, será responsável por 20% do total das emissões de CO₂, em 2050, segundo a Organização Marítima Internacional (Pialot, 2018).

A ideia de “limites ao crescimento”, depois de ter surgido no relatório de Meadows em 1972,¹¹ deu lugar ao oxímoro do “desenvolvimento sustentável”, ou seja, sem limites. A divisão internacional do trabalho hoje se baseia menos na cooperação desejada pela Declaração de Filadélfia do que na competição, cada país sendo encorajado a maximizar a vantagem comparativa que a superexploração de seus recursos humanos ou naturais pode representar. Isso levou à transferência de muitas atividades poluentes para países emergentes,¹² ao mesmo tempo em que aumentou o impacto ecológico do transporte. A pegada ecológica do Homem no nosso planeta continua a crescer e ultrapassa um pouco mais as suas capacidades biológicas de regeneração todos os anos.¹³

A consciência desses perigos ecológicos surgiu nas últimas décadas. No plano internacional, levou os Estados a avanços frágeis e tímidos, particularmente em termos de aquecimento global com a adoção do Acordo de Paris, de 12 de dezembro de 2015. Mas foram algumas empresas transnacionais que constituíram as primeiras a vincular questões trabalhistas e ecológicas, reivindicando sua responsabilidade social e ambiental. A OIT (2015) e a OCDE (2009) têm se esforçado para apoiar essas iniciativas, ao mesmo tempo em que abrem suas próprias orientações estratégicas para a questão do crescimento e dos empregos “verdes”.

¹¹ Os autores deste relatório publicaram uma atualização em 2004, mostrando que, em 30 anos, prevaleceu o cenário mais pessimista de desconhecimento desses limites (Meadows; Randers; Meadows, 2004).

¹² Já em 1991, Lawrence Summers, então economista-chefe do Banco Mundial, estimava em um memorando que se tornou tristemente famoso, que uma das vantagens comparativas dos países em desenvolvimento residia em sua capacidade de receber lixo tóxico, ver Pellow (2007). Sobre o uso geoestratégico da superexploração de seus próprios recursos naturais pela China, ver Pitron (2018).

¹³ De acordo com os últimos dados publicados pela ONG *Global Footprint Network*, o dia em que essas capacidades são excedidas (*Earth Overshoot Day*), que, em 1971, era em 21 de dezembro, continuou avançando ao longo dos anos para cair para 29 de julho em 2019.

Ainda tímida, essa associação de questões sociais e ambientais só poderá se impor com força em um futuro próximo (Laurent, 2011). Um regime de trabalho que contribui para a superexploração dos recursos naturais, o aquecimento global, a perda da biodiversidade, a poluição de todos os tipos, a desertificação e as conseqüentes migrações forçadas são insustentáveis. Tal como a revolução informática, este aumento dos perigos ecológicos obriga-nos a ter em consideração não só as condições de trabalho, mas também o seu significado e conteúdo. O direito de "contribuir melhor para o bem-estar comum" que a Declaração de Filadélfia reconhece para os trabalhadores inclui necessariamente o direito de ponderar a favor de uma concepção e organização do trabalho que respeite o meio ambiente.

1.3 Um desafio institucional

A ordem jurídica e geopolítica do mundo passou por profundas transformações desde a adoção da Declaração de Filadélfia. Em termos institucionais, essas mudanças afetam tanto as organizações internacionais quanto os Estados e as empresas.

1.3.1 As organizações internacionais

Em maio de 1944, a OIT era a única grande organização internacional a sobreviver ao desastre da Liga das Nações. Em 2018, é apenas uma das 15 agências especializadas do sistema das Nações Unidas, cujo número de Estados membros aumentou de 50 para 193 membros. Algumas dessas instituições – como o FMI ou o Banco Mundial – dispõem de meios consideráveis para atingir objetivos, por vezes, contrários aos seus.

A Carta de Havana, adotada em 1948, mas nunca ratificada, previa a criação dentro desse sistema de uma Organização Internacional do Comércio (OIC), uma de cujas missões teria sido contribuir para o alcance dos objetivos de justiça social entre as

nações estabelecidos pela Carta das Nações Unidas e a Declaração de Filadélfia.¹⁴

O fracasso deste projeto levou, em 1994, à criação, fora do sistema das Nações Unidas, da Organização Mundial do Comércio (OMC), cuja missão é, pelo contrário, a generalização da concorrência entre as nações, encorajadas a cultivar cada uma com as suas próprias “vantagens comparativas”, destacando-se a mão de obra de baixo custo. Ao contrário da OIT, a OMC tem um tribunal real, que lhe permite impor o cumprimento de seus padrões comerciais a seus 164 Estados-membros. A OIT também deve levar em consideração as muitas organizações regionais (OCDE, UE, Conselho da Europa, NAFTA, MERCOSUL, ASEAN, CEDEAO, EAC etc.) cujos padrões provavelmente reforçam, mas também se opõem aos seus.

Em escala internacional, surgiu assim um conflito de lógicas legais entre, por um lado, os princípios e regras do comércio e das finanças internacionais, que tratam trabalho, remédios, colheitas ou recursos naturais como puros bens econômicos em competição em um mercado sem fronteiras, e por outro lado os princípios e padrões de justiça social que emanam da OIT, da OMS ou da UNESCO. Daí uma ordem jurídica internacional esquizofrênica, da qual o hemisfério comercial incita a não ratificar ou aplicar as normas cuja necessidade e universalidade proclama seu hemisfério social. Nenhuma instituição hoje é de fato capaz de embutir as normas de direito privado que regem o mercado mundial (direitos de propriedade, livre concorrência, livre circulação de capitais e mercadorias) em um direito público encarregado da dimensão não mercantil do trabalho, da saúde, da cultura ou o ambiente.

O resultado é um aumento desproporcional das desigualdades econômicas, uma corrida pelo menor lance social e ambiental e uma

¹⁴ Seus estatutos incumbiam-no, em particular, de lutar contra os excedentes bem como contra os défices da balança de pagamentos, apoiar a cooperação econômica e não a concorrência entre os Estados, promover o respeito pelas normas internacionais do trabalho, controlar o movimento de capital, para trabalhar para a estabilidade dos preços das commodities. Sobre esta tentativa fracassada, ver Wilcox (1949), Brown (1950), Plaisant (1950), Graz (1999) e M'Rini (2005).

emigração massiva que atinge países incapazes de oferecer um futuro para sua juventude. Esses fenômenos, por sua vez, alimentam a tendência ao retraimento nacional, religioso ou identitário, dos quais os noticiários oferecem muitos exemplos. A legitimidade da OMC, em particular, é hoje contestada pelos Estados Unidos, que invoca a sua segurança nacional para impor medidas protecionistas e ameaça retirar-se dela (Micklethwait; Talev; Jacobs, 2018). Nesse contexto, toda a credibilidade do sistema de organizações multilaterais nascido da Segunda Guerra Mundial está hoje ameaçada. A OIT não escapa a esse risco, pois a ratificação de suas convenções expõe os Estados a uma "dupla penalidade": por um lado, devem cumprir seu sistema de controle e, por outro, privam-se de uma vantagem comparativa sobre seus concorrentes (Maupain, 2012).

1.3.2 Os Estados

Estados mais poderosos são capazes de impor aos fracos acordos comerciais ou financeiros bilaterais acompanhados de cláusulas sociais e mecanismos de arbitragem, quando não se trata da aplicação extraterritorial de sua lei.¹⁵ Expulsa do sistema multilateral do comércio pela Declaração de Cingapura, a cláusula social ressurgiu de maneira notável nesses acordos bilaterais, bem como nos sistemas generalizados de preferências instituídos pelos Estados Unidos e pela União Europeia (Clatanoff, 2005).¹⁶

Um estudo exaustivo realizado sob a égide da OIT dá uma ideia da dimensão desse movimento, cuja dinâmica diz respeito tanto ao número de acordos quanto ao número de questões sociais abordadas (Ebert; Posthuma, 2011). Mostra também o caráter promocional da maioria dessas cláusulas, que envolvem os países signatários em programas de *compliance* acompanhados de ajuda da parte forte do acordo.

¹⁵ Ver especialmente sobre as cláusulas de arbitragem: Beauchard (2017), De Schutter (2011), Viñuales (2015); e, sobre a aplicação extraterritorial do direito americano: Garapon e Servan-Schreiber (2013).

¹⁶ Para alguns exemplos, ver Cabin (2009), Compa (2006), Martin (2003).

A recusa em fornecer à OIT o Tribunal, embora previsto no Art. 37 de sua Constituição, abriu caminho para o estabelecimento por esses acordos de mecanismos de arbitragem que atuam como juízes da interpretação de questões sociais e ambientais.¹⁷ Ironicamente, a recusa dos países “em desenvolvimento” à cláusula social em um quadro multilateral leva-os a se colocarem na aliança dos países “desenvolvidos” para a definição de suas prioridades sociais.

1.3.3 As empresas

Por fim, há empresas cuja estrutura passou por uma dupla transformação nos últimos 40 anos. A primeira foi sua financeirização, que subjugou seus administradores aos interesses financeiros de curto prazo dos acionistas (Favereau, 2016). A segunda foi sua fragmentação em redes de produção internacionais. O modelo fordista da empresa integrando todos os seus fatores de produção e obedecendo às leis do Estado, onde tem suas atividades econômicas, sucedeu o modelo reticular das cadeias internacionais de abastecimento e produção (Weil, 2014). Esse modelo foi viabilizado por ferramentas de TI, que permitem terceirizar a execução de determinadas tarefas para subcontratados, mantendo a supervisão.

Esse modo de organização permite, em particular, a prática de *law shopping*, ou seja, a localização das atividades em países com normas sociais, fiscais e ambientais menos restritivas. O poder econômico dentro dessas redes de produção ou distribuição baseia-se menos na propriedade material dos meios de produção e mais na propriedade intelectual dos sistemas de informação. A organização em rede das empresas permite dissociar os locais de exercício do poder econômico e os locais de imputação de responsabilidade (Supiot; Delmas-Marty, 2015; Supiot, 2019b). Essa dissociação

¹⁷ Assim, o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), acordo comercial celebrado entre a UE e o Canadá, prevê mecanismos específicos de resolução de litígios relativos às suas disposições sociais e ambientais (Artigos 23 [10] e 24 [15]).

permite comportamentos sociais, ecológicos e financeiros irresponsáveis, cujo custo acaba sendo suportado pelos Estados, como evidenciado pela crise financeira de 2008. Para se proteger contra a acusação de irresponsabilidade sem ter que se submeter a legislações vinculativas, as grandes empresas estabeleceram suas próprias normas de "responsabilidade social e ambiental". Sejam normas ISO, de *compliance* ou de RSE, essa *normalização* "técnica" difere da *legalidade* de um regime de direito (*rule of law*), pois visa programar a ação econômica em vez de estabelecer limites para ela.

Para tentar articular esses dois modos de "regulação" pública e privada, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas adotou em 2011, um relatório elaborado pelo professor Ruggie, intitulado "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementação do quadro de referência 'proteger, respeitar e remediar' das Nações Unidas". A ONU também está trabalhando em um instrumento jurídico vinculante relacionado ao respeito pelos direitos humanos por parte de empresas transnacionais e outras entidades.¹⁸ Essas diversas iniciativas merecem a maior atenção da OIT, que pode ver seu papel normativo gradualmente marginalizado se não for capaz de desenvolver instrumentos adequados para enfrentar esses desafios diversos.

2. NOVAS RESPOSTAS: O DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO SÉCULO XXI

Para enfrentar os desafios colocados pelas transformações do trabalho, três princípios são essenciais, cuja implementação corresponde às missões constitucionais da OIT: os princípios da solidariedade, da democracia econômica e da responsabilidade socioecológica.

¹⁸ Ver a Resolução A/HRC/RES/26/9 (UN, 2014).

2.1 O princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade existe implicitamente na Constituição da OIT, quando afirma que “a não adoção por uma nação qualquer de um sistema de trabalho verdadeiramente humano impede os esforços de outras nações para melhorar a sorte dos trabalhadores em seus próprios países”. Encontra-se também na Declaração de Filadélfia, segundo a qual “a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos”. Esta Declaração exige que todas as organizações internacionais trabalhem juntas para apoiar a implementação de seus princípios pelas diferentes nações do mundo. A solidariedade assim definida apresenta-se como uma *comunidade de esforços* para o avanço da justiça social, sem a qual não há paz duradoura. Deve, portanto, ser entendida de forma dinâmica, pois a justiça social não aparece na Declaração de Filadélfia como um corpo de regras definido de uma vez por todas, mas como um “objetivo fundamental”, à luz do qual incumbe a OIT o dever de *avaliar e aceitar* “todos os programas de ação e medidas de ordem econômica e financeira”. Finalmente, esta comunidade de esforços envolve não só os Estados, mas também os representantes dos empregadores e dos trabalhadores.

Hoje, a revolução informática, a deterioração do planeta ou a liberalização do comércio estabelecem interdependências *de facto* entre as nações, que tornam esta solidariedade institucional mais necessária do que nunca. Seria, pois, oportuno revisitar, à luz deste princípio de solidariedade, tanto o funcionamento interno da OIT e a sua posição na ordem jurídica internacional, como as obrigações das empresas transnacionais e os novos direitos sociais que permitem o acesso a mais autonomia em sua vida profissional.

2.1.1 Solidariedade dos Estados membros da OIT

A OIT não conseguirá cumprir a missão normativa que lhe é atribuída pela sua Constituição se continuar a proceder pela justaposição de instrumentos específicos (Maupain, 2018). O

impacto dessas convenções separadas sofre do desequilíbrio na atenção dada respectivamente aos países que as ratificam e aos que optam por não o fazer. Este desequilíbrio resulta de práticas regulares de fiscalização, que não derivam nem da letra nem do espírito da Constituição. Hoje como ontem, a principal missão da OIT não é impor a mesma legislação trabalhista em todos os países, mas apoiar os esforços daqueles que desejam melhorar a situação de seus trabalhadores e evitar que esses esforços os coloquem em desvantagem face a países que se abstenham de o fazer. Seria, pois, oportuno colocar o instrumento normativo da OIT, bem como os seus meios de investigação e assistência, ao serviço da promoção integrada e coerente dos seus princípios constitucionais, numa base de *reciprocidade* por parte de todos os seus membros.

A dificuldade aqui é bem conhecida e remonta a 1919, quando os Estados Unidos se opuseram às propostas europeias de tornar as convenções adotadas por uma maioria de dois terços da Conferência Internacional do Trabalho, diretamente aplicáveis em todos os países que nela se assentam.¹⁹ O resultado dessa oposição é que as normas internacionais do trabalho desenvolvidas pela OIT são objeto de um *self-service* normativo. Cada Estado, ficando livre para escolher aqueles a que se submeterá, pode ratificar apenas um número muito pequeno, embora participe em pé de igualdade no controle de sua aplicação por aqueles que ratificam muitos deles.²⁰ Daí o hiato entre a missão universal da OIT e sua impotência jurídica para cumpri-la.

Em sua Declaração de 1998, a OIT tentou restaurar sua autoridade lembrando seus Estados membros das obrigações que lhes incumbem em virtude de sua condição de membros. Ao mesmo tempo, buscou assim em sua Constituição a base jurídica universal que faltava às suas convenções e conseguiu que oito dessas

¹⁹ A solução de compromisso proposta pelos britânicos consistia em estabelecer um direito de veto para os parlamentos nacionais, tornando-se as convenções aplicáveis na ausência de tal veto no ano seguinte à sua adoção pela Conferência (Valticos, 1983, p. 48).

²⁰ É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos, que, com 14 ratificações, depois do Bahrein (10 ratificações), é o país que menos ratificou.

convenções – designadas como “fundamentais” – fossem ratificadas pelo maior número possível de Estados (Supiot, 2016).

Compreendemos a abordagem, mas também vemos seu revés, que é renunciar aos objetivos de justiça social da Declaração de Filadélfia para recorrer à defesa de um mínimo de direitos fundamentais. A vinculação das obrigações constitucionais dos Estados-membros a um número muito reduzido de convenções que as deveriam exprimir põe em causa a legitimidade de todas as outras convenções internacionais do trabalho, cujo caráter puramente facultativo e voluntário é assim sublinhado.

Sem dúvida consciente desse retrocesso, a OIT mudou seu método em sua Declaração de 2008, que promove a agenda do trabalho decente fazendo referência às bases constitucionais da OIT, mas sem selecionar um pequeno número de convenções que a ela corresponderiam. Mas a OIT se vê então mais uma vez presa na armadilha de um direito suave (*soft law*), ou seja, declarações de intenções que não pesam muito diante do poder dos interesses em jogo no comércio internacional.

Haveria uma saída dessa armadilha. Ela consistiria em conferir oponibilidade *erga omnes* à ratificação por um Estado das convenções da OIT. A adoção dessas convenções pela Conferência Internacional do Trabalho confere-lhes legitimidade indiscutível, ainda que apenas devido à maioria qualificada de dois terços que requer.²¹ Cada Estado-membro da OIT é certamente livre para ratificar ou não uma convenção adotada, mas sua condição de membro da OIT o obriga a justificar essa decisão e a informar sobre sua legislação e sua prática em relação à questão objeto deste acordo.²² *A fortiori*, devemos considerar que o fato de ser membro da OIT o impede de comprometer a implementação da convenção pelos Estados que a ratificaram. Para colocar nos termos do preâmbulo da Constituição da OIT, nenhum Estado membro deve

²¹ Constituição da OIT, Art. 19 (2).

²² Constituição da OIT, Art. 19 (5) (e).

“obstruir os esforços de outras nações que desejam melhorar a situação dos trabalhadores em seus próprios países”.

Um Estado que não ratifica uma convenção certamente não é obrigado a implementá-la em seu território, mas deve respeitar sua implementação no território de outros. A esta obrigação de respeitar a ratificação por outros Estados, deveria corresponder o direito de estes outros Estados abrirem o seu mercado apenas aos membros da OIT que tenham ratificado as mesmas convenções que eles. Implementando uma solidariedade genuína entre os Estados-membros, esta aplicabilidade *erga omnes* das convenções ratificadas seria certamente um sistema preferível à imposição de cláusulas sociais nos acordos comerciais bilaterais, cujo conteúdo e implementação dependem do equilíbrio de poder, muitas vezes, desigual entre as partes desses acordos.

A solidariedade dos membros da OIT diante dos desafios tecnológicos e ecológicos do próximo século deve finalmente levar à consideração de um novo tipo de instrumento normativo, que transcenda e complete seu atual sistema de declarações, convenções e recomendações. Expressando a comunidade de esforços de seus membros para promover um "sistema de trabalho verdadeiramente humano", ou seja, um trabalho decente e ambientalmente responsável, este instrumento deve estar diretamente ancorado nos princípios constitucionais da OIT, ao mesmo tempo em que responde aos desafios do trabalho no século 21. Isto supõe, em primeiro lugar, ter uma visão integral do trabalho que — para além do trabalho assalariado — se estende a todas as formas de trabalho informal ou economicamente dependente. Em segundo lugar, a legitimidade de tal instrumento pressupõe não confundir universalismo e uniformidade, ou seja, não projetar no mundo inteiro categorias de pensamento resultantes da experiência dos países ou classes sociais mais favorecidos. Para tanto, tal instrumento deve abrir amplo espaço para a expressão democrática da diversidade de situações socioeconômicas nacionais e experiências de trabalho ao redor do mundo.

Assim concebido, esse quadro normativo comum de referência deve atender, pelo menos, às quatro condições a seguir:

- implementar os princípios orientadores da OIT, conforme resultam dessas normas e da Declaração de Filadélfia;
- não para duplicar ou diluir os padrões relevantes existentes, mas para facilitar a extensão de seu escopo;
- permitir, de acordo com o princípio da democracia económica (ver abaixo), a consideração das situações concretas e aspirações das populações abrangidas por este alargamento;
- reconhecer a primazia dos direitos sociais fundamentais sobre os padrões comerciais e financeiros.

Como demonstraram estudos anteriores realizados sob a égide da OIT sobre proteção social (Supiot, 2006), tal quadro normativo poderia assumir a forma de um ou mais “acordos-quadro” adotados pela Conferência Internacional do Trabalho, posteriormente adaptados por acordos nacionais. Esse método normativo permitiria articular a heteronomia dos princípios reconhecidos pela sociedade internacional com a autonomia dos Estados e parceiros sociais na forma de implementá-los. Também forneceria um quadro para a cooperação de todas as organizações internacionais susceptíveis de apoiar, no âmbito das suas respectivas competências, a implementação destes acordos nacionais.

2.1.2 Solidariedade das organizações internacionais

Para restaurar a coerência do sistema multilateral, seria realmente necessário estabelecer uma certa solidariedade das diversas organizações internacionais na promoção de uma ordem jurídica internacional respeitosa do trabalho dos homens e da proteção do meio ambiente. Não será possível tirar os Estados do conflito de lógicas jurídicas em que atualmente estão imersos, sem associar os diversos organismos multilaterais em uma comunidade de esforços. E não será possível estabelecer tamanha solidariedade entre essas organizações sem resolver a questão da articulação dos

padrões sociais e ambientais com os padrões comerciais e financeiros. Por não ter sido resolvido em nível multilateral, esse problema ressurgiu em acordos bilaterais ou regionais de comércio e investimento.

No entanto, a Declaração de Filadélfia confere claramente à OIT um papel pioneiro neste domínio, ao atribuir-lhe o mandato de assegurar que "todos os programas de ação e medidas de carácter económico e financeiro" sejam de molde "a promover, e não impedir [...] o direito (de todos os seres humanos) de buscar seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança económica e com oportunidades iguais". Ao reivindicar o reconhecimento da primazia das obrigações decorrentes dos direitos humanos sobre as estipulações dos acordos comerciais e de investimento, o projeto da ONU,²³ de um instrumento obrigando as empresas a respeitar esses direitos está apenas redescobrimo esse princípio já consagrado em 1944, pela Declaração de Filadélfia.

A OIT obviamente não pode pretender assegurar sozinha essa consistência, mas tem o dever constitucional de promovê-la. Para tanto, deve aproveitar ao máximo a composição tripartite da Conferência Internacional do Trabalho (CIT), que constitui o único parlamento mundial da economia real. A CIT poderia, portanto, considerar a organização de discussões abertas de forma regular, valendo-se da experiência do Escritório e de especialistas externos e com a participação das organizações envolvidas, incluindo empresas de classe mundial. Essas discussões se concentrariam no impacto das

²³ Um dos princípios enumerados pela primeira versão deste projeto de instrumento (A/HRC/RES/26/9) era o reconhecimento da primazia das obrigações em matéria de direitos humanos sobre os acordos de comércio e investimento. Isso implicaria que os Estados têm o dever de adotar todas as medidas necessárias e apropriadas para conceber, implementar e monitorar políticas nacionais relacionadas aos direitos humanos e às empresas transnacionais e outras organizações empresariais, levando em consideração a primazia dos direitos humanos sobre os interesses, pecuniários ou outros, das empresas (UN, 2014).

políticas econômicas, financeiras e comerciais dessas organizações nos objetivos de justiça social e proteção ambiental.

2.1.3 Solidariedade das empresas transnacionais

O princípio da solidariedade também deve ser afirmado em relação às empresas. O vínculo entre o dever de solidariedade e o respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais está explícito na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que por um lado afirma que "o indivíduo tem deveres para com a comunidade, na qual somente o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade seja possível" (Art. 29) e, por outro, reconhece-lhe "como membro da sociedade, [o] direito à segurança social" bem como "às atividades económicas, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e à livre desenvolvimento de sua personalidade" (Art. 22).

No entanto, esse vínculo entre direitos e deveres é hoje rompido pela opção aberta tanto aos mais ricos quanto às grandes empresas de praticar a evasão fiscal e não pagar impostos e contribuições previdenciárias nos países de onde obtêm sua riqueza. A magnitude desse fenômeno é tamanha que compromete o financiamento dos serviços públicos e da proteção social em muitos países. Muitas vezes se levantam hoje, inclusive do FMI, do Banco Mundial e da OCDE,²⁴ para denunciar o impacto negativo no crescimento e desenvolvimento das desigualdades econômicas resultantes desse dismantelamento dos mecanismos de solidariedade. A OIT poderia apontar que a proclamação da responsabilidade social e do respeito pela lei dos países de acolhimento permanecerá sem sentido ou sem credibilidade se, ao mesmo tempo, as empresas e os indivíduos privarem, através de mecanismos de evasão, destes Estados a possibilidade de cumprir as

²⁴ Ver a criação, em 2016, pelo FMI, Grupo Banco Mundial, Nações Unidas e OCDE, de uma plataforma de colaboração sobre questões fiscais destinada a apoiar os Estados na luta contra a erosão da base tributável e transferência de lucros (BEPS).

responsabilidades sociais e solidárias que são também instados a cumprir. A violação deste dever de solidariedade constitui uma violação dos direitos sociais fundamentais e deve ser denunciada e sancionada como tal.

2.1.4 Solidariedade no exercício das liberdades no trabalho

Finalmente, o princípio da solidariedade deve estar na base dos novos direitos exigidos pela aspiração a uma verdadeira cidadania econômica. A concepção de seguridade social que herdamos da era industrial é a da *solidariedade diante dos riscos* da existência, como o acidente, a doença, a velhice, a maternidade. Não perdeu o seu valor, mas a maior mobilidade profissional e a aspiração a uma maior liberdade na condução da vida laboral estão a dar origem a novos mecanismos de *solidariedade de apoio ao exercício das liberdades individuais*, como a liberdade de formação, criação dos filhos, cuidar dos pais doentes, mudar de atividade profissional, empreender etc. Daí o aumento observado nos últimos 20 anos dos “direitos sociais de saque”, que permitem que as pessoas se retirem temporariamente do mercado de trabalho para exercer essas liberdades (Supiot, 1999). Estes direitos são sociais, na medida em que se baseiam na mobilização de diferentes círculos de solidariedade (ao nível da empresa, da profissão ou do poder público) e não apenas da poupança individual.

Esses direitos são a forma moderna de um tipo de riqueza bem conhecido por muitas sociedades tradicionais, onde os ricos não são aqueles que acumularam uma pilha de ouro, mas aqueles que formaram laços suficientes com os outros para poder contar com seu apoio.²⁵ Isso não impede o esforço de previsão, mas, como mostra o caso das tontinas africanas, é a solidariedade dos que são por sua vez credores e devedores, que constitui a garantia mais segura da

²⁵ "O homem é mais rico pelo que ele é do que pelo que ele tem", diz um provérbio bamileke. Ver Nguebou-Toukam e Fabre-Magnan (2003).

segurança de cada um. Este tipo de dispositivo é uma fonte de inspiração para a construção de algo novo, pois permite não só lidar com riscos, mas também apoiar projetos de estudo, trabalho ou negócios. A questão da solidariedade junta-se aqui à das liberdades concretas, das capacidades de ação e, mais geralmente, da instauração de uma verdadeira democracia econômica.

2.2 Princípio da democracia econômica

Desde a Antiguidade, a democracia econômica apareceu como base indispensável da democracia política. Os revolucionários franceses ou americanos viram assim na vida frugal dos trabalhadores independentes o cadinho indispensável de um regime democrático. A seu ver, somente a experiência da liberdade no trabalho poderia formar verdadeiros cidadãos, aptos ao *autogoverno*, porque gozando de uma autonomia feita de liberdade, responsabilidade e respeito ao bem público.

A ascensão da grande indústria e a expansão do trabalho assalariado deram origem a outra forma de democracia econômica: a da liberdade de associação, que permite aos empregados agir, ser representados e negociar coletivamente. A liberdade de associação deu origem ao que Proudhon (1857), na França, depois os Webb (1897), no Reino Unido, chamaram de “democracia industrial”. Mais limitada do que na mente de quem a inspirou, a concretização desta democracia industrial teve por objeto, não o trabalho como tal (seu sentido e o seu conteúdo), mas apenas as condições deste trabalho, ou seja, sua segurança (física e econômica), sua duração (horários) e seu preço (salários).²⁶

Uma concepção mais ampla de democracia econômica é necessária hoje para lidar com a revolução do computador, os perigos ecológicos e a diversidade de formas de trabalho economicamente dependente (trabalho “informal”, subcontratado, “uberizado” etc.). Tal alargamento responde quer às aspirações de

²⁶ Sobre essa restrição do escopo da justiça social, ver Trentin (2012).

maior autonomia dos trabalhadores, quer às necessidades de inovação das empresas.

Embora sua constituição reflita a concepção de democracia industrial que prevaleceu no século XX, a OIT possui bases normativas sólidas para permitir tal evolução da democracia industrial ou social para a verdadeira democracia econômica.

A primeira é o tripartismo de suas instituições. A Conferência Internacional do Trabalho constitui, como acabámos de dizer, um fórum mundial ímpar para a deliberação de todas as formas de trabalho, todas elas abrangidas pelos objetivos do trabalho digno. Cabe-lhe definir os termos que lhe permitam desempenhar plenamente este papel perante não só outras organizações internacionais, mas também empresas multinacionais ou organizações representativas de trabalhadores independentes em situação de dependência econômica.

A segunda é a Declaração de Filadélfia, que permanece até hoje como a única norma jurídica de alcance universal, para dar lugar ao sentido e ao conteúdo do trabalho, ao atribuir à OIT a missão de "apoiar a implementação, entre as diversas nações do mundo, de programas concebidos para alcançar [...] o emprego de trabalhadores em ocupações onde eles tenham a satisfação de dar a medida total de suas habilidades e conhecimentos e contribuir da melhor forma para o bem-estar comum".

Aqui encontramos as duas condições sob as quais podemos dizer que um sistema de trabalho é "verdadeiramente humano" no sentido da Constituição da OIT. A primeira diz respeito ao seu conteúdo e às suas modalidades de execução: o trabalho deve permitir a quem o executa assumir a si próprio e dar aos outros a medida do seu *know-how*; e a segunda diz respeito à sua finalidade: deve servir ao bem comum. Essas duas condições são as que devem ser atendidas para enfrentar os desafios tecnológicos e ecológicos do século XXI. O primeiro a colocar as ferramentas informáticas ao serviço da liberdade e criatividade humanas em vez de tratar os trabalhadores como máquinas programáveis; e a segunda para permitir que os trabalhadores e suas organizações pesem na direção

de uma economia “verde”, ou seja, uma concepção e organização do trabalho que respeite o meio ambiente.

A implementação desse princípio mais amplo de democracia econômica requer iniciativas legais das quais o direito comparado já oferece muitos exemplos. É o caso dos dispositivos que obrigam os administradores das empresas a levar em consideração, além da simples realização de lucros para os acionistas, os interesses da própria sociedade, bem como de várias partes interessadas e o bem comum como um todo.²⁷ Essa concepção mais ampla das obrigações fiduciárias dos executivos corporativos já constitui a base de fato de todas as iniciativas e programas corporativos de responsabilidade socioambiental.

No nível coletivo, o estabelecimento da democracia econômica deve levar a:

- a implementação na concepção e organização do trabalho, e em particular na concepção e utilização dos dispositivos informáticos, do “princípio geral da adaptação do trabalho ao homem”²⁸;
- uma reforma do governo societário capaz de reequilibrar a tomada de decisões a favor dos trabalhadores e do interesse geral; assegurar uma distribuição equitativa dos seus lucros, entre o investimento, a remuneração dos acionistas e a dos trabalhadores, bem como a aplicação do princípio de

²⁷ Ver as disposições da lei canadense que impõem aos administradores uma responsabilidade fiduciária em relação à sociedade, e não aos acionistas (*Canada Business Corporations Act*, RSC, 1985, §122, “a”); ou a lei alemã sobre sociedades anônimas (*Aktiengesetz*) (Spindler, 2008). Ver também, mais recentemente, as recomendações na França do relatório Notat-Senard (Notat e Senard, 2018), das quais surgiram as disposições da lei PACTE (Plano de Ação para o Crescimento e Transformação da Empresa), segundo a qual “A sociedade deve ser gerida no interesse social, considerando os desafios sociais e ambientais de sua atividade” (Art. 169, I, 1º) (République Française, 2019).

²⁸ O “princípio geral de adaptação do trabalho ao homem” já é afirmado desde 1993 no direito europeu, conforme a Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003.

“trabalho igual, remuneração igual”, em particular entre homens e mulheres;

- um alargamento do âmbito do diálogo social e da liberdade sindical à questão da organização e conteúdo do trabalho, bem como ao seu impacto ecológico. Esta extensão diz respeito não apenas ao trabalho assalariado, mas a todas as formas de trabalho economicamente dependente;
- reconhecimento do direito à negociação coletiva dos subempregados;
- melhor reconhecimento do papel desempenhado pelas cooperativas e mutualidades;
- o reconhecimento do direito de expressão direta dos trabalhadores em matéria de organização do trabalho e qualidade e durabilidade dos produtos;
- o surgimento da representação e da negociação coletiva transnacional no âmbito dos acordos setoriais ou das empresas transnacionais.²⁹

A nível individual, a aplicação do princípio da democracia económica implica o reconhecimento de:

- direito de saque social, permitindo alternar o trabalho na esfera comercial com períodos de formação ou exercício de responsabilidades cívicas ou familiares;
- o direito à “desconexão” e à conciliação, para homens e mulheres, do tempo de trabalho e da vida cívica e familiar;
- a obrigatoriedade de os administradores das sociedades de capital levarem em consideração as questões socioambientais da empresa;
- um direito de alerta e retirada ecológica e sanitária.

Esses diferentes direitos e obrigações são outros tantos fragmentos de uma nova lei trabalhista para o século XXI, cujo

²⁹ Como evidenciado por seu papel após a catástrofe do Rana Plaza, a OIT é a única garantidora crível de tais acordos. Cabe a ela afirmar mais amplamente essa função de promotora e garantidora de um diálogo social internacional capaz de envolver uma diversidade de atores públicos e privados.

desenvolvimento a OIT deveria estimular segundo métodos que cabe a ela definir.

2.3 Princípio da responsabilidade social e ecológica

No final do século XIX, a revolução industrial trouxe consigo uma revolução no direito da responsabilidade, que lançou as duas bases do Estado social moderno (Ewald, 1986). A primeira foi a invenção da responsabilidade objetiva (*strict liability*), que obriga quem opera máquinas e produtos perigosos a responder pelos danos decorrentes. A segunda era a do seguro obrigatório, que permitia uma ampla comunhão de riscos. Surgidas pela primeira vez no domínio dos acidentes de trabalho, estas técnicas foram depois alargadas a outros riscos sociais (doença, velhice) e, mais recentemente, a alguns riscos ecológicos (mas não os mais graves, que ultrapassam as capacidades de cálculo do risco).

No entanto, essa construção jurídica é hoje abalada pela globalização, que faz com que a lei de responsabilidade perca as duas condições de sua eficácia: de um lado, a identificação dos responsáveis pelos danos sociais ou ecológicos; e por outro lado a existência de *um Fiador para a execução da sua responsabilidade*.

A identificação dos responsáveis é hoje dificultada pela organização das empresas em redes ou cadeias de produção e distribuição, cujos elos são constituídos por sociedades de capitais regidas por diferentes legislações nacionais. Isto permite uma dissociação de lugares de poder e lugares de imputação de responsabilidades e, por conseguinte, uma diluição de responsabilidades que pode conduzir a uma irresponsabilidade generalizada.

Quanto à função de garantir da prestação de contas, continua formalmente a cargo dos Estados, muitas vezes ao abrigo de disposições constitucionais que os obrigam a respeitar os direitos sociais fundamentais e a promover a justiça social. Mas, ao estabelecer um regime de compra de leis (*law shopping*), a indefinição das fronteiras comerciais reduziu a força do Estado de Direito (*rule of law*) específico de cada Estado. Todos estão

empenhados em uma corrida ao menor nível tributário, social e ambiental para atrair ou reter investidores, sendo que a maioria vê sua capacidade de permanecer como garantidores do princípio da responsabilidade, ou seja, sua capacidade de obrigar aqueles que detêm o poder econômico a responder pelas consequências de suas decisões. A combinação desses dois fatores faz com que os riscos sejam suportados por quem não tem condições de preveni-los.

Conscientes destes problemas e preocupadas com a sua reputação comercial, a maioria das grandes empresas tem-lhes respondido afirmando a sua responsabilidade social e ambiental (RSA) e pela adoção de diversas normas internas juridicamente não vinculativas para esse fim, cuja seriedade e efetiva implementação variam amplamente.

Ao mesmo tempo, um número muito menor de grandes empresas estabeleceu um diálogo social internacional, que reproduz em escala global as práticas de representação e negociação coletiva antes confinadas aos executivos nacionais. Observando este aparente jogo de vasos comunicantes entre o enfraquecimento dos Estados e o aumento da responsabilidade corporativa, alguns parecem esperar que estas últimas atuem como “empresas de providência” (*Welfare Companies*) e substituam os Estados falidos, em áreas que nada têm a ver com o seu objeto social.³⁰

No entanto, é duvidoso que caiba às grandes empresas, que não têm nem legitimidade nem atributos, substituir os Estados. Não seria melhor questionar sua responsabilidade na disputa pelos menores licitantes fiscais, sociais e ambientais dos Estados que pretendem atraí-los? Elas podem, de fato, exercer uma influência benéfica sobre esses Estados, localizando suas atividades naqueles que adotam e fazem respeitar neste campo os padrões de bom nível. Os Estados seriam tanto mais sensíveis a essa influência se a OIT criasse entre eles as condições para uma maior solidariedade normativa.³¹

³⁰ Sobre esse “constitucionalismo global”, ver Teubner (2016).

³¹ Ver anteriormente, a seção sobre o princípio de solidariedade.

Surge, portanto, a questão de como a OIT, cuja principal missão constitucional é apoiar os esforços de "nações que desejam melhorar a situação de seus trabalhadores", poderia também apoiar os esforços de empresas transnacionais que levam a sério suas responsabilidades sociais e ambientais. Dois caminhos merecem ser explorados a esse respeito. A primeira consistiria no estudo de uma Declaração Universal das Responsabilidades Sociais e Ambientais, que abrangesse tanto as empresas quanto os Estados, organismos internacionais e pessoas físicas³², como já havia feito a Declaração sobre empresas multinacionais e a política social da OIT. Tal responsabilidade implicaria, em particular, que:

- Todos, na medida de suas possibilidades, devem prevenir ou reparar as consequências sociais ou ecologicamente danosas de suas ações.
- A responsabilidade das pessoas coletivas não isenta a dos seus dirigentes.
- Organizações internacionais, incluindo organizações econômicas ou financeiras regionais, não promovem normas ou decisões que possam infringir direitos sociais fundamentais ou que afetem a capacidade dos Estados de cumprir suas obrigações nesta área.³³

³² Ver, neste sentido, o projeto desenvolvido pela Aliança por um Mundo Responsável e Solidário.

³³ Ver, nesse contexto, o projeto inicial do instrumento legalmente vinculativo da ONU, segundo o qual os Estados partes se esforçam para garantir que as organizações internacionais, incluindo instituições financeiras e comerciais internacionais e regionais, das quais são membros, não adotem ou promovam qualquer norma ou decisão internacional que vá contra os objetivos do presente instrumento legalmente vinculativo, ou que afete a capacidade das partes de cumprir as obrigações que ele impõe. Versão original: "*State Parties shall strive to ensure that international organizations, including international and regional economic, financial and trade institutions, in which they are Members, do not adopt or promote any international norm or decision that could harm the objectives of this legally binding instrument, or affect the capacity of the Parties to fulfill their obligations adopted herein*" (3.3, ponto 1). Essa disposição sobre as obrigações legais das organizações internacionais foi removida das versões posteriores do projeto.

- A OIT é responsável por avaliar os efeitos sociais das políticas econômicas e financeiras internacionais, particularmente no que diz respeito à distribuição justa de renda e oportunidades e ao direito de todos viverem em seu país com trabalho decente.
- Os Estados devem ser responsáveis pela forma como cumprem sua obrigação constitucional de promover a melhoria da sorte de todos os trabalhadores.³⁴
- As empresas devem abster-se de investir em países que não adotaram ou não aplicam legislação social e ambiental que respeite os direitos fundamentais.³⁵
- As empresas, que têm uma quota-parte de responsabilidade na distribuição equitativa da riqueza, devem assegurar uma distribuição equitativa dos seus lucros, entre o investimento, a remuneração dos acionistas e a dos trabalhadores, bem como a aplicação do princípio "para trabalho igual, igualdade pagar", especialmente entre homens e mulheres.
- Os Estados e as empresas são responsáveis por respeitar o princípio geral de adaptação do trabalho às pessoas na concepção e utilização de novas tecnologias.
- Quem supervisiona ou organiza a atividade profissional de outrem e dela obtém vantagem econômica responde

³⁴ Constituição da OIT, Art. 19 (5).

³⁵ Ver, nesse contexto, o projeto inicial do instrumento legalmente vinculativo da ONU já citado, segundo o qual as empresas transnacionais e outras organizações empresariais devem, ademais, abster-se de qualquer atividade que possa prejudicar o estado de direito, bem como os esforços, governamentais ou outros, para promover e garantir o respeito pelos direitos humanos, e devem usar sua influência para ajudar a promover e garantir o respeito por esses direitos. Versão original: "*TNCs and OBEs shall further refrain from activities that would undermine the rule of law as well as governmental and other efforts to promote and ensure respect for human rights, and shall use their influence in order to help promote and ensure respect for human rights*" (3.2, ponto 4). Essa disposição também foi removida das versões posteriores do projeto, que voltaram à posição tradicional de que os Estados são os únicos sujeitos responsáveis no direito internacional.

solidariamente pelos prejuízos causados por esta no exercício desta atividade.

- As empresas têm uma parcela de responsabilidade na manutenção e desenvolvimento das capacidades profissionais dos funcionários.
- As normas internacionais de contabilidade devem refletir as responsabilidades sociais e ambientais das empresas.
- Os cidadãos e as empresas têm como principal responsabilidade social o pagamento de impostos e contribuições sociais nos países onde desenvolvem suas atividades econômicas.³⁶

A segunda seria que a OIT assumisse o lugar agora vago de terceiro garantidor de última instância dos compromissos de responsabilidade social assumidos em nível internacional. Para tal, poderia dotar-se de dois instrumentos complementares:

A primeira seria a implementação do Art. 37 de sua constituição, prevendo a criação de um Tribunal com competência para interpretar, por meio de reenvio prejudicial, as normas internacionais do trabalho às quais frequentemente se referem esses compromissos. Estudar a criação de tal tribunal seria um sinal forte, dada a atual proliferação de mecanismos de arbitragem bilateral que não têm nem a competência nem a experiência da OIT no campo social, mas ocupam o lugar vago de juiz da interpretação de suas normas.

A segunda forma de promover os esforços de empresas transnacionais genuinamente preocupadas com a responsabilidade socioambiental, seria estudar um marco multilateral para o reconhecimento de selos socioambientais passíveis de serem emitidos para seus produtos.

O destino fatal da Liga das Nações está aí para nos lembrar que as organizações internacionais não são imortais. Num momento em que todos os países do mundo enfrentam desafios tecnológicos, sociais e ambientais sem precedentes, não se pode descartar o

³⁶ Ver a seção anterior referente ao princípio de responsabilidade social e ecológica.

colapso do sistema multilateral, que dá sinais de decomposição (Haas, 2019). A OIT é o decano deste sistema. É de esperar que não perca a oportunidade do seu centenário de mostrar a sua capacidade de se reinventar e assim se manter fiel ao espírito dos seus fundadores.

REFERÊNCIAS

- BEAUCHARD, R.; ALBERTIN, S. **L'assujettissement des nations:** controverses autour du règlement des différends entre États et investisseurs. Paris: Éditions Charles Léopold Mayer, 2017.
- BERQUE, A. **Écoumène:** introduction à l'étude des milieux humains. Paris: Belin, 2000.
- BERQUE, A. La forclusion du travail médial ou "Toute la nature était un jardin". *In:* MUSSO, P.; SUPIOT, A. **Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?** Paris: Hermann, 2018.
- BROWN, William A. **The United States and the Restoration of World Trade:** An Analysis and Appraisal of the ITO Charter and the General Agreement on Tariffs and Trade. Washington: The Brookings Institution, 1950.
- CABIN, Michael A. Labor Rights in the Peru Agreement: Can vague principles yield concrete change? **Columbia Law Review**, v. 5, n. 2, p. 1047-1093, 2009.
- CLATANOFF, W. Labor standards in recent US trade agreements. **Richmond Journal of Global Law & Business**, v. 5, n. 2, p. 109-117, 2005.
- COMPA, Lance. Labour Rights in the FTAA. *In:* CRAIG, J.; LYNK, M. (org.). **Globalization and the Future of Labour Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 245-273.
- CRUTZEN, P. J. Geology of mankind: the Anthropocene. **Nature**, v. 415, n. 23, 2002.
- DE SCHUTTER, O. Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Olivier de Schutter: Addendum. Geneva: UN, 2011.
- DIAMOND, J. **Collapse:** how societies choose to fail or succeed. New York: Viking Press, 2005.
- EBERT, F. C.; POSTHUMA, A. **Labour Provisions in Trade Arrangements:** Current Trends and Perspectives. Geneva: BIT, 2011.
- EWALD, F. **L'État providence.** Paris: Grasset, 1986.
- FAVEREAU, O. L'impact de la financiarisation de l'économie sur les entreprises et plus particulièrement sur les relations de travail. Genève: BIT, 2016.

GARAPON, A.; SERVAN-SCHREIBER, P. **Deals de justice**: le marché américain de l'obéissance mondialisée. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

GRAZ, J-C. **Aux sources de l'OMC**: La Charte de La Havane 1941-1950. Genève: Droz, 1999.

HAAS, R. How a world order ends: and what comes in its wake.

Foreign Affairs, New York, 2019.

JOURNAL DU DIMANCHE. Le contre-projet de loi santé des médecins hospitaliers. **JDD**, Paris, 4 jan. 2015.

L'ASSURANCE MALADIE. **Santé travail**: enjeux & actions. Les affections psychiques liées au travail. Paris: L'Assurance Maladie, jan. 2018.

LAURENT, É. **Social-écologie**. Paris: Flammarion, 2011.

M'RINI, M. L. **De La Havane à Doha**: Bilan juridique et commercial de l'intégration des pays en développement dans le système commercial multilatéral. Québec: Presses de l'Université Laval, 2005.

MARTIN, S. E. Labor Obligations in the US-Chile Free Trade Agreement. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, v. 25, n. 2, p. 201-226, 2003.

MAUPAIN, F. Résilience et raison d'être: quel avenir pour l'OIT et sa fonction de régulation de l'économie globale ? *In*: MUSSO, P.;

SUPIOT, A. **Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?** Paris: Hermann, 2018.

MAUPAIN, F. **L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière**: Peut-on réguler sans contraindre? Genève: BIT, 2012.

MEADOWS, D.; RANDERS, J.; MEADOWS, D. **Limits to growth**: the 30-year update. London: Earthscan, 2004.

MICKLETHWAIT, J.; TALEV, M.; JACOBS, J. Trump Threatens to Pull U.S. Out of WTO If It Doesn't "Shape Up". **Bloomberg**, New York, 30 ago. 2018.

MUSSO, P.; SUPLOT, A. Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain? Paris: Hermann, 2018.

NGUEBOU-TOUKAM, J.; FABRE-MAGNAN. Muriel, La tontine: une leçon africaine de solidarité. *In*: LE GALL, Y.; GAURIER, D.; LEGAL, P-Y. **Du droit du travail aux droits de l'humanité**: études offertes à

Philippe-Jean Hesse. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2003. p. 299-310.

NOTAT, N.; SENARD, Jean-Dominique. **L'entreprise, objet d'intérêt collectif**: Rapport aux Ministres de la Transition Écologique et Solidaire, de Justice, de l'Économie et des Finances du Travail. République Française: Paris, 2018.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES. **Déclaration sur la croissance verte**. Paris: OCDE, 2009.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. Principes directeurs pour une transition juste vers des économies et des sociétés écologiquement durables pour tous. Genève: BIT, 2015.

PARIENTY, A. Le mythe de la "théorie du ruissellement". Paris: La Découverte, 2018.

PELLOW, D. N. **Resisting global toxics**: Transnational movements for environmental justice. Cambridge: MIT Press, 2007.

PIALOT, D. Climat: le transport maritime international face à ses responsabilités. **La Tribune**, Paris, 5 abr. 2018.

PIKETTY, T. **Le capital au XXIe siècle**. Paris: Seuil, 2013.

PITRON, G. **La guerre des métaux rares**: La face cachée de la transition énergétique et numérique. Paris: Les Liens Qui Libèrent, 2018.

PLAISANT, R. L'Organisation internationale du commerce. Paris: Pedone, 1950.

PROUDHON, P.-J. **Manuel du spéculateur à la Bourse**. 4. ed. Paris: Garnier, 1857.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n° 2019-486, du 22 mai 2019. **Journal Officiel de la République Française**: Paris, n. 119, 22 mai 2019. Siècle. Paris: Éditions du Collège de France, 2019a.

SPINDLER, G. **Unternehmensinteresse als Leitlinie des Vorstandshandelns**: Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen und Shareholder Value. Düsseldorf: Hans- Böckler-Stiftung, 2008.

SUPIOT, A. (ed.). **Mondialisation ou globalisation?** Les leçons de Simone Weil. Paris: Collège de France, 2019d.

SUPIOT, A. **Au-delà de l'emploi**: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe: rapport pour la Commission européenne. Paris: Flammarion, 1999.

SUPIOT, A. Confronting the insupportable: resources of law of responsibility. *In*: MATIN, B.; AHO, L. T.; HUMPHRIES-KIL, M. **ResponsAbility**: Law and Governance for Living Well with the Earth. Londres: Routledge, 2019b. p. 89-101.

SUPIOT, A. **La gouvernance par les nombres**. Paris: Fayard, 2015.

SUPIOT, A. **Le travail au XXIe siècle**: livre du centenaire de l'Organisation Internationale du Travail. Paris: Éditions de l'Atelier, 2019c.

SUPIOT, A. **Le travail n'est pas une marchandise**: contenu et sens du travail au XXIe

SUPIOT, A. Protection sociale et travail décent: nouvelles perspectives pour les normes internationales du travail. **Semaine Sociale Lamy**, Saint-Ouen, n. 1272, 4 set. 2006.

SUPIOT, A. Quelle justice sociale au XXIe siècle? **Le Débat**, v. 2, n. 189, p. 169-183, mar./avr. 2016.

SUPIOT, A.; DELMAS-MARTY, M. (org.). **Prendre la responsabilité au sérieux**. Paris: Presses Universitaires de France, 2015.

TEUBNER, G. **Fragments constitutionnels**: le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation. Paris: Garnier, 2016.

TRENTIN, B. **La città del lavoro**: sinistra e crisi del fordismo. Milano: Feltrinelli, 1997.

UNITED NATIONS. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. Geneva: UN, 2014.

VALTICOS, N. **Droit international du travail**. Paris: Dalloz, 1983.

VIÑUALES, J. L'Etat face à la protection internationale de l'entreprise: regards sur le droit international des investissements contemporain. *In*: SUPIOT, A. (org.). **L'entreprise dans un monde sans frontières**: perspectives juridiques et économiques. Paris: Dalloz, 2015. p. 103-114.

WEBB, S.; WEBB, B. **Industrial democracy**. London: Longmans, Green & Co., 1897.

WEIL, D. **The Fissured Workplace**: why work became so bad for so many and what can be done to improve it. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

WEIL, S. **La condition ouvrière**. Paris: Éditions Gallimard, 1964.

WILCOX, C. **A Charter for World Trade**. New York: Macmillan, 1949.

O PAPEL DA OIT NO DIREITO INTERNACIONAL PÓS-MODERNO

THE ROLE OF THE ILO IN POST MODERN INTERNATIONAL LAW

Paulo Borba Casella*

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), mais de centenária instituição, tem historicamente desempenhado papel importante no estabelecimento de parâmetros e de procedimentos para a proteção internacional do trabalhador e de seus direitos, ensejando progressos na regulamentação dessas matérias nos ordenamentos nacionais, não somente dos muitos países, vinculados à organização internacional, como também inspirando melhorias e humanização das condições trabalhistas, em todo mundo. Além e ao lado de assegurar a continuidade dessa sua atuação historicamente consolidada, a OIT tem também papel relevante a cumprir no presente contexto pós-moderno, no sentido de fortalecer a visão abrangente da proteção do trabalhador, também como ser humano e, o que pode parecer evidente, mas não por isso menos necessário enfatizar, o tratamento humanizado do ser humano, nas suas áreas

* Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor pela *Université Paris Nanterre*. Doutor em Direito Internacional e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Presidente do Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais de São Paulo (IDIRI). Coordenador do Centro de Estudos sobre a Proteção Internacional de Minorias da USP (CEPIM) e do Grupo de Estudos sobre os BRICS da USP (GEBRICS).

de atuação: os trabalhadores, em geral e, dentre estes, notadamente os mais vulneráveis, povos autóctones, migrantes, minorias.

Estou convencido da necessidade e da conveniência de se adotar perspectiva histórica para estudar e aplicar o Direito internacional: este não pode ser adequadamente contextualizado e implementado, desligado do tempo histórico, bem como do contexto cultural, no qual se inscreve.¹ Consciente do caráter cumulativo do legado da civilização, costuma-se dizer, desde a Idade Média, que cada geração se coloca sobre os ombros das precedentes, e a partir desse ponto, se pode abranger panorama mais amplo, do que se estivéssemos somente sobre as nossas próprias pernas – e isso vale tanto para usufruir as realizações, quanto para pagar pelos erros: uns e outros serão compartilhados. Em todas as áreas do conhecimento, e muito especialmente no direito internacional, é preciso não esquecer as lições da história. E isso vale também muito especialmente em relação à OIT, como parte do conjunto de instituições, que mudam o sistema institucional e normativo internacional, a partir da primeira guerra mundial.²

Ao término da primeira guerra mundial, quando se enceta grande transformação do sistema institucional e normativo internacional, com a acolhida do ser humano na ordem internacional, isso se reflete na criação de uma organização voltada para a universalização dos princípios da justiça social, com a busca de uniformização de parâmetros mínimos e das correspondentes normas jurídicas; para tanto cabe estudar as questões conexas, das quais depende a consecução de tais ideais; e incrementar a cooperação internacional visando às condições de vida do trabalhador e à harmonia entre desenvolvimento tecnológico-

¹ Nesse sentido, remeto a Casella (2012a, 2012b, 2014, 2015, 2020).

² Como considero em Casella (2007, p. 12): “Muito se criticou a construção, feita após a primeira guerra mundial, atribuindo-se lhe ora todo o bem, ora todos os males, pelo que veio a seguir. Mas, cabe considerar o conteúdo e o alcance do tratado de Versalhes, como marco e como momento significativo da história do direito internacional. Cabe, sobretudo, estudar não somente os acertos, como os erros cometidos, para evitar que estes possam ser novamente incorridos”.

econômico e progresso social. O objeto do direito internacional do trabalho não mais se restringe às relações entre Estados, como se verificava antes do tratado de Versalhes, alcançando hoje o relacionamento destes com organismos internacionais, de vocação universal e regionais, competentes na matéria, em campo de atuação sensivelmente ampliado, configurando *princípios e direitos fundamentais no trabalho* (OIT, 2022).³

Longo foi o caminho percorrido, desde a redação original, contida na parte XIII do tratado de Versalhes, dedicada à organização do trabalho (Casella, 2007, p. 257-270): “considerando que a Sociedade das Nações tem por fim estabelecer a paz universal, e que esta só pode subsistir tendo por base a justiça social”; e acrescenta: “existem condições de trabalho que constituem para um grande número de pessoas a injustiça, a miséria e as privações, e que origina um estado tal de descontentamento que põe em perigo a paz e a harmonia universais, e visto ser urgente melhorar essas condições”, por exemplo o que respeita à regulamentação das horas de trabalho, à fixação da duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra a falta de trabalho, à garantia de um salário que assegure condições de existência aceitáveis, à proteção dos trabalhadores contra as doenças gerais ou profissionais e acidentes resultantes do trabalho, à proteção da infância, dos adolescentes e das mulheres, às pensões na velhice e na invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores residentes no exterior, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas.

Já em 1919, na regulação de questões do trabalho pelo tratado de Versalhes, era ressaltado que “a não adoção, por uma nação

³ Ver também a análise de Bouchard (2008). Süsskind (1983, p. 17-31) aduz: “A partir de 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, as convenções e recomendações elaboradas por sua Conferência (Assembleia Geral) inovaram o direito internacional, tendo por alvo o direito do trabalho interno (nele, então compreendida a Previdência Social) dos estados membros e dos seus territórios dependentes, isto é, a internacionalização, tanto quanto possível uniforme, dos direitos do trabalhador”.

qualquer, de um regime de trabalho realmente humano, constitui um obstáculo aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a situação dos trabalhadores em seus próprios países” e “as partes contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade, bem como pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura”, fundavam “uma organização permanente, encarregada de trabalhar pela realização do programa exposto”. Nos termos do Art. 388, incisos I e II, do tratado de Versalhes, a organização permanente compreenderia: uma “conferência geral de representantes dos diferentes membros” e uma “repartição internacional do trabalho, sob a direção do conselho de administração” (estabelecido pelo Art. 393).

Desde o início se pautou a OIT por composição inovadora, conforme já estipulava o Art. 389 do tratado de Versalhes: a conferência geral dos representantes dos diferentes membros celebrará sessões sempre que for preciso e, pelo menos uma vez por ano. Será composta de quatro representantes de cada um dos Estados-membros: “desses quatro, dois serão os delegados do governo, e os outros dois representarão, respectivamente, de uma parte, os patrões, e, de outra parte, os trabalhadores pertencentes à jurisdição de cada um dos membros”. Essa modalidade de composição das delegações nacionais é inovação significativa, que reflete a própria natureza da organização e do objeto de sua atuação. Previa, ademais, o Art. 390, “cada delegado terá o direito de votar individualmente em todas as questões submetidas às deliberações da conferência”.⁴

O sistema de convenções internacionais do trabalho constituiu inovação, profunda transformação e expansão considerável deste ramo do direito internacional. A partir da Constituição da OIT, o

⁴ O Art. 390 do tratado de Versalhes estipulava ainda: “Quando um dos membros não tenha indicado um dos delegados não governamentais a que tem direito, o outro delegado não governamental poderá tomar parte nas discussões da conferência, mas não terá o direito de votar”. E ademais, no mesmo dispositivo: “Quando a conferência, em virtude dos poderes que lhe confere o Art. 389, se recusar a admitir algum delegado de um dos membros, as disposições do presente artigo serão aplicadas como se ele não tivesse sido nomeado” (Casella, 2007, p. 257-270).

direito internacional do trabalho passa a regular não somente as questões das relações exteriores dos Estados, como também as até então consideradas como de competência exclusiva – ou do domínio reservado⁵ – do Estado, concernentes ao bem-estar dos indivíduos e à justiça no seio das sociedades, como avanços civilizacionais (Valticos, 1980).⁶

O Brasil, como membro fundador da OIT, mostra em sua legislação, em matéria de direito do trabalho, a intersecção entre o direito nacional e os direitos humanos, especificamente do trabalhador. São relações de direito privado, internacionalmente reguladas. Contudo, a prática do direito do trabalho, em seus parâmetros nacionais, tem mostrado algum afastamento do direito internacional, com a ênfase em algo que se poderia denominar “tratamento nacional”, que contraria o espírito desse ramo do direito internacional, justamente no sentido de uniformizar, tanto quanto possível, as relações entre o trabalho e o capital, os direitos do trabalhador e a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, enquanto ser humano, como conjunto indivisível de direitos. Essas particularidades brasileiras se mostram em matérias como a existência e a operação de uma subdivisão do Judiciário, a “justiça do trabalho”, como também por exemplo em relação à resistência local à admissão da arbitragem trabalhista,⁷ para examinar um ponto de convergência entre as normas de aplicação imediata e o Direito internacional do trabalho.

⁵ Embora se trate de matéria em franca retração, cabe considerar desdobramentos relevantes da invocação do assim chamado “domínio reservado”, em relação à incidência e aplicação do direito internacional. A esse respeito, ver Arangio-Ruiz (1990).

⁶ Segundo Souza (2018, p. 60): “Seja pela impossibilidade de sua derrogação no âmbito do Direito internacional, ou pela impossibilidade do retrocesso em sua implementação pelos estados sociais, os direitos sociais, de modo geral, e as normas protetivas do trabalho, em especial, são uma conquista histórica da civilização humana. E a OIT foi e permanece sendo peça chave no processo de consolidação e ampliação protetiva desses direitos”.

⁷ Ver Guedes (2021, p. 101-102).

A Conferência Geral da OIT, realizada em Filadélfia, em maio de 1944, ampliou, ainda mais, o campo de atuação da instituição e, por conseguinte, do direito internacional do trabalho. A Declaração relativa aos fins e objetivos da OIT, aprovada pela Conferência de Filadélfia, em maio de 1944, foi incorporada como anexo à Constituição da Organização, na revisão geral, adotada em outubro de 1946.

A Declaração de Filadélfia substituiu o famoso Art. 427 do tratado de Versalhes – “o bem-estar físico, moral e intelectual dos trabalhadores assalariados é de uma importância fundamental sob o ponto de vista internacional” – que caracterizou a autonomia do direito internacional do trabalho, e ordenou a ação da OIT a partir da sua criação. Ampliou consideravelmente a competência da OIT e o âmbito de aplicação do direito internacional do trabalho, quando a Conferência reafirma os princípios fundamentais, sobre os quais repousa a Organização, dentre os quais: “o trabalho não é uma mercadoria”, “a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto”, “a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade moral”, a “luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade com os dos governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”.

A experiência plenamente demonstrou a verdade contida na Constituição da OIT, prossegue a Declaração de Filadélfia, que “a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social”, e acrescenta: “todos os seres humanos, de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de perseguir seu bem estar material e seu desenvolvimento espiritual, com liberdade e dignidade, segurança econômica e iguais oportunidades”, que “a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional”, que “quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, sobretudo de caráter econômico e financeiro, devem ser

considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem e não entravarem, a realização desse objetivo principal". Prevê o mesmo dispositivo que "compete à OIT apreciar, no domínio internacional, tendo em vista tal objetivo, todos os programas de ação e medidas de caráter econômico e financeiro", e que no desempenho de tais funções, a OIT "tem capacidade para incluir em suas decisões e recomendações quaisquer disposições que julgar convenientes, após levar em conta todos os fatores econômicos e financeiros de interesse".

A OIT tem a obrigação de auxiliar as nações do mundo na execução de programas que visem, como anteriormente determinava a Declaração, a "proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de renda", "dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral", no sentido de favorecer "as possibilidades de formação profissional e facilitar as transferências e migrações de trabalhadores", "adotar normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam o progresso e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital", "assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores, para melhoria contínua da organização da produção, e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica", ampliar medidas de segurança social, "assegurar proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações", "garantir a proteção da infância e da maternidade", "obter nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura" e "assegurar as mesmas oportunidades para todos em matéria educativa e profissional".

A ampliação da competência da OIT a partir da Declaração de Filadélfia, incorporada à sua Constituição também teve reflexos na sua atividade normativa, traduzida em convenções e recomendações que, na primeira fase da história dessa organização teriam, certamente, suscitado controvérsias sobre a sua competência. A

“finalidade suprema da OIT é universalizar os princípios da justiça social, uniformizando, tanto quanto possível, as correspondentes normas jurídicas”. Nesse sentido, as convenções e recomendações adotadas se destinam a ser incorporadas ao direito interno dos Estados-membros. E, na medida em que se alcança essa uniformização, sobretudo no tocante aos diversos aspectos das relações e condições individuais do trabalho, “outro objetivo – embora de menor relevo – será atingido: reduzir-se-ão as hipóteses de conflitos de leis do trabalho no espaço”.⁸

Diplomas fundamentais que consolidaram a ampliação do campo de atuação do direito internacional, em geral, têm também incidência sobre o âmbito de aplicação do direito internacional do trabalho: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em seu Art. XXII, preceitua: “todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

Ainda a Declaração universal, de 1948, em seu Art. XXIII: “todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”, bem como ulteriores especificações, nos parágrafos

⁸ “A sintonia entre os dois diplomas – o da ONU e o da OIT. – é total”, notava Sússekind (1983, p. 22-25) e aduzia: “hoje, portanto, o Direito internacional do trabalho não se preocupa somente com as condições de trabalho e os direitos previdenciários do trabalhador. As normas sobre os direitos humanos correlacionados com o trabalho, a política de empregos, a segurança social populacional, o exame de questões econômicas sob o prisma dos seus reflexos sociais, a política social das empresas multinacionais, a reforma agrária, a proteção e integração das populações indígenas, tribais ou semitribais, e os programas de cooperação técnica, nos setores da formação profissional, da administração do trabalho, do combate ao desemprego e ao subemprego, da educação do trabalhador para incrementar sua participação no desenvolvimento socioeconômico, da melhoria do meio ambiente de trabalho – retratam o novo dimensionamento do direito internacional do trabalho”.

seguintes do mesmo dispositivo, a respeito de “direito a igual remuneração por igual trabalho”, “direito a remuneração justa e satisfatória”, que “assegure existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”, e ainda, “todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar, para proteção de seus interesses”.

O Art. XXIV da Declaração universal prevê: “todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”. E seu Art. XXV: “todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência, em circunstâncias fora de seu controle”. Com expressa menção, no parágrafo seguinte: “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”.

No mesmo sentido, em âmbito universal, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), adotado pela ONU, teve desdobramentos interessantes, quando o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais utilizou termos do PIDESC para a proteção do direito de propriedade dos povos indígenas. Em Comentário Geral nº 7, de 1997, o Comitê assegurou aos povos indígenas o direito a uma vida adequada, baseada em suas terras e territórios – reportando-se ao Art. 11, parágrafo primeiro do Pacto. E no Comentário geral nº 12, de 1999, assegurou que os povos indígenas somente podem ter uma alimentação adequada – nos termos do Art. 11 do Pacto – na medida em que seus costumes e hábitos tradicionais sejam respeitados e conservados.

No âmbito interamericano, o Protocolo de San Salvador (1988) traz para o contexto regional da OEA, rol de direitos econômicos, sociais e culturais, equivalente ao do equivalente Pacto Internacional da ONU. Conjugam-se os esforços, universais e regionais, para promover a adequada e efetiva proteção desses direitos

fundamentais, embora sejam estes declarados como condicionados, em sua implementação, às condições existentes em cada Estado.

A atuação da OIT, relacionada à proteção dos povos indígenas, acompanha a atuação da Organização desde um século: em 1921, dois anos após a sua criação, a Organização iniciou estudos a respeito da utilização de povos autóctones como mão de obra escrava. Em 1926, foi instituída o Comitê de Peritos em Trabalho Indígena, com a responsabilidade por fiscalizar e recomendar melhorias nas condições de proteção dos direitos de tais povos.

Apesar de tais iniciativas, ainda na década de 1920, somente em 1957 a OIT incorporou em suas atribuições a defesa dos direitos à propriedade, integridade física, moral e cultural e condições de trabalho dos povos autóctones. Dentre os esforços da OIT para normatizar a proteção internacional dos povos indígenas: primeiro pela Convenção nº 107, de 1957, *concernente à proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes*, iniciativa meritória e, naquela altura, inovadora, mas cujo teor e enfoque paternalista e favorável à "integração" dos povos autóctones nas sociedades dos brancos passou a ser visto como estratégia duvidosa e tendente ao desaparecimento de tais povos e de suas identidades linguísticas e culturais. Apesar de pioneira na tutela específica desses povos, a Convenção nº 107 não foi bem recebida pelas próprias comunidades, cuja proteção se pretendeu estipular.

Mais e mais se percebeu a necessidade de instrumento internacional, adequado às especificidades dos povos autóctones, em dimensão propriamente coletiva, o que somente foi alcançado, com a ampla revisão da Convenção nº 107, pela Convenção nº 169 da OIT, em 1989, a qual se tornou marco legal para a proteção internacional dos direitos dos povos indígenas, e desencadeou processo de reestruturação normativa internacional.

A Convenção nº 169 da OIT, após ser adotada, passou a ser o principal instrumento internacional de proteção dos direitos humanos básicos dos povos indígenas, com aplicabilidade imediata e vinculação dos Estados, que a ratificaram e a incorporaram ao seu

direito interno. Em razão de seu caráter vinculante, bem como “pela precisão dos conceitos adotados em seu texto”, essa Convenção “exerce grande influência nos mais diversos Estados e tribunais internacionais”, cabendo, ademais ressaltar que “em toda a América Latina, região com alta concentração de comunidades indígenas e tribais, o instrumento teve grande aceitação, seja influenciando diretamente decisões dentro do ordenamento jurídico dos Estados, seja no âmbito dos dois mais importantes órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”.⁹

No caso de Aurélio Cal e outros x Procurador-Geral de Belize, a Corte Suprema considerou vinculantes as obrigações decorrentes da Convenção nº 169 da OIT, em decisão de 2007.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2006, no caso da comunidade indígena *Sawhoyamaya* x Paraguai, sustentou que o conteúdo e o alcance do Art. 21 da Convenção, em relação à propriedade comunal dos integrantes das comunidades indígenas, levando em consideração a Convenção nº 169 da OIT, à luz das regras gerais de interpretação, estabelecidas no Art. 29 da Convenção Americana, para interpretar o referido Art. 21, de acordo com a evolução do sistema interamericano.

⁹ Segundo Oliveira (2021, p. 48): “Imperioso ressaltar que, enquanto a Convenção nº 169 da OIT é um instrumento de caráter obrigatório para os estados que a ratificaram, a Declaração [das Nações Unidas sobre os povos indígenas] aqui tratada, é considerada como o documento de princípios, mais avançado no respeito aos direitos dos povos indígenas, considerando que reúne em seu texto as regras e princípios básicos sobre o assunto, como: (a) não discriminação; (b) a integridade cultural; (c) propriedade, uso, controle e acesso às terras, territórios e recursos naturais; (d) desenvolvimento e bem estar social; e (e) participação política, consentimento livre, prévio e informado. / Quanto ao seu conteúdo, a Declaração expressa formalmente o direito à autonomia e ao autogoverno dos povos em questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, destacando ainda, assim como a Convenção nº 169 da OIT, o direito desses povos de decidirem, em conjunto com o estado, sobre os recursos naturais nos seus territórios, de acordo com seus valores e tradições ancestrais, legitimando assim suas autoridades locais”.

Além de seu escopo estritamente vinculado à Organização, da qual emana, a Convenção nº 169 da OIT, utilizada como norma interpretativa, tem garantido a proteção aos direitos dos povos indígenas, em diversos casos, no contexto interamericano. Obviamente, os órgãos interamericanos não têm competência para decidir controvérsias, decorrentes de violações da Convenção nº 169, uma vez que a base da sua competência é fundamentalmente a dos instrumentos regionais de direitos humanos. Não obstante, os órgãos regionais de direitos humanos utilizaram a Convenção nº 169 da OIT como norma interpretativa, destinada a especificar as obrigações dos Estados, estabelecidas por outras normas internacionais (como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem), quanto à sua aplicação aos povos e comunidades indígenas ou a seus membros. Assim, por exemplo, interpretam o direito de propriedade ou o direito ao devido processo, quando estão em jogo os direitos de povos e comunidades indígenas, à luz do estabelecido na Convenção nº 169 (Gonzalez, 2018; Courtis, 2009).¹⁰

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos defendeu o argumento de ser a Convenção nº 169 da OIT o instrumento internacional mais relevante para a proteção de direitos dos povos indígenas, tendo direta relação com a interpretação do alcance dos direitos dos povos indígenas e tribais e seus membros, particularmente perante a Declaração Americana.¹¹

¹⁰ A respeito da proteção conferida pela Convenção nº 169 da OIT, comenta também Denizom Moreira de Oliveira (2021): “a Convenção n. 169 da OIT tem sido um dos mais importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos dos povos indígenas, especialmente os referentes à tutela de sua propriedade comunal e que identificam o processo de reconhecimento pelo qual passaram ao longo de sua trajetória”.

¹¹ IAHCR (2001): “ILO Convention N. 169 is the international human rights instrument most relevant to the protection of indigenous rights, for which reason it is directly pertinent to the interpretation of the scope of the rights of indigenous and tribal peoples and their members, in particular under the American Declaration of the Rights and Duties of Man”. Ver também IAHCR (2000).

Após longos debates e a adoção de diversos instrumentos internacionais relevantes, a respeito da proteção dos direitos individuais, identificou-se nova categoria jurídica, que demandava proteção. Em 2007, a Assembleia Geral da ONU aprovou a *Declaração universal dos direitos dos povos indígenas*, comportando o reconhecimento dos povos indígenas como nações anteriores à existência dos Estados nacionais. É, sob todos os aspectos, inquietante que se cogite, atualmente, a denúncia da Convenção nº 169 da OIT pelo governo brasileiro – como inaceitável retrocesso na proteção dos direitos dos povos indígenas, entre nós, além das criminosas omissões em relação a esta minoria, cometidas durante a pandemia.

Já em 1971, Wilfred Jenks, então Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho, ressaltara: “a OIT sempre afirmou que o progresso social não é um obstáculo ao desenvolvimento econômico, nem um luxo reservado aos países prósperos, que gozam de relativa estabilidade e de certa maturidade política; ele é a finalidade mesma do desenvolvimento econômico e um elemento vital do seu progresso [...] A novidade é que essa tese, após meio século de discussão, foi adotada por unanimidade pela Assembleia geral das Nações Unidas. Isto é, talvez, o ponto mais marcante de toda a história da OIT” (OIT, 1971, p. 8).

Mesmo antes de alguns dentre esses importantes instrumentos internacionais de codificação e de promoção de direitos humanos, Röpke (1954), em curso na Haia, apontava o fenômeno da “nacionalização” do homem, por meio da “socialização” da economia. Segundo Röpke, a planificação de direitos levaria a observar o desempenho estrangeiro, pelos planejadores nacionais. De modo que os elaboradores de políticas econômicas não se ocupariam somente da realidade do próprio país, mas também com as condições sociais no exterior.

Por sua vez, Supiot (2014, p. 39), discorrendo sobre o “espírito de Filadélfia: a justiça social face ao mercado total” aponta, que mesmo um relevante e abrangente processo de integração como a

União europeia atual, redundou em mecanismos “antissolidários”, com concentração de renda em novas oligarquias.

Questão central que se coloca é como determinar parâmetros em direito do trabalho? Os princípios de mercado que orientam o direito do trabalho são coerentes com a perspectiva do mercado. Ao mesmo tempo, este ramo do direito deve acolher regulação legal sempre com base em valores humanos, a proteção da dignidade humana em geral e, especificamente, a dignidade do trabalhador e sua saúde, física e mental, em condições socialmente dignas. A solidariedade da qual se ocupa a doutrina trabalhista me parece compatível com a liberdade de contratar e de empreender.

A boa fé é princípio basilar das relações humanas e, como tal se manifesta no direito internacional – em diversas passagens, com destaque no Art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (de 1969, em vigor internacionalmente em 1980): “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa fé”. Também se manifesta a boa-fé como princípio norteador do direito das obrigações, em distintos ordenamentos nacionais. E, claramente, os mesmos parâmetros e critérios tem de ser observados, também no direito do trabalho.

A presença do Estado não é pressuposto necessário da inserção da ética no mercado de trabalho. A dimensão social e humana do direito é útil e necessária, para assegurar a mais abrangente proteção da dignidade humana, como mostra o direito do trabalho, mas é sobretudo criticável a nacionalização do ser humano – colocado sob o peso da tutela estatal, inclusive limitando a liberdade de contratar e os termos de contratação.

Não por acaso, a existência e a atuação no Brasil do ramo do poder judiciário denominado “justiça do trabalho” – algo que escassamente se vê, em outras jurisdições, além de nossos quadrantes organizacionais do poder judicante, pode ter sido criada com a melhor das intenções, mas como toda instituição humana, uma vez estabelecida, tende a se ocupar sobretudo de si mesma, antes que dos fins para os quais foi estabelecida. A atuação institucional da justiça do trabalho, tende a fortalecer a própria

máquina, antes do que defender os interesses que, institucionalmente, lhe competiria tutelar.

As perspectivas de ulterior desenvolvimento desse ramo do direito internacional, obviamente estão estreitamente ligadas à atuação da OIT, enquanto organização, institucionalmente encarregada de coordenar as ações e medidas nessa área. Mas, bem sabemos, de nada adianta que se façam esforços e se adotem normas e parâmetros de implementação, em âmbito internacional, sem que isso se reflita na esfera interna de atuação de cada um dos Estados-membros. Por esse motivo, a ocorrência de discrepâncias, entre a atuação da Organização e os meandros de interpretação e de aplicação dessas mesmas normas e parâmetros, no âmbito interno de cada Estado, é preocupante e pode conduzir a distorções graves, em detrimento dos fins últimos, a proteção dos direitos, especificamente do trabalhador e, em grau mais generalizado, enquanto ser humano.

REFERÊNCIAS

- ARANGIO-RUIZ, G. Le Domaine Réservé. L'organisation Internationale et Le Rapport Entre Droit International et Droit Interne Cours Général de Droit International Public. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 225, 1990.
- BOUCHARD, C. **Le citoyen et l'ordre mondial (1914-1919)** - le rêve d'une paix durable au lendemain de la Grande guerre, en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis. Paris: Pedone, 2008.
- CASELLA, P. B. **Direito internacional no tempo antigo**. São Paulo: Atlas, 2012a.
- CASELLA, P. B. **Direito internacional no tempo clássico**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASELLA, P. B. **Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitoria**. São Paulo: Atlas, 2012b.
- CASELLA, P. B. **Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio**. São Paulo: Atlas, 2014.
- CASELLA, P. B. **Tratado de Versalhes na história do Direito internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- COURTIS, C. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais da América Latina. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 52–81, jun. 2009.
- GONZALEZ, C. N. Trabajo y pueblos originarios: el convenio 169 de la OIT y el constitucionalismo latinoamericano. *In*: NAHAS, T.; ORTEGA, F. F. (coord.). **OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. p. 61-74
- GUEDES, H. L. F. **Normas de aplicação imediata e arbitragem trabalhista: entre pluralismo e transnacionalidade**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Second Report on the Situation of Human Rights in Peru.** Washington, DC: IACHR, 2000.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay.** Washington, DC: IACHR, 2001.

OLIVEIRA, D. M. de. **Justiça de transição e povos indígenas:** acesso à justiça, verdade e reparação. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. Rapport du Directeur Général, Conférence Internationale du Travail, 56e Session. Genève: BIT, 1971.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho. Genebra: OIT, 2022.

RÖPKE, W. Economic Order and International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 86, 1954.

SOUZA, L. M. de. A OIT e o processo de internacionalização dos direitos humanos: a inclusão social e laboral e o não retrocesso dos estados sociais. *In*: NAHAS, T.; ORTEGA, F. F. (coord.). **OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI.** Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. p. 49-60.

SUPIOT, A. **O espírito de Filadélfia:** a justiça social face ao mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SÜSSEKIND, A. **Direito internacional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1983.

VALTICOS, N. Le droit international du travail face aux problèmes de la société internationale. **Revue Belge de Droit International**, v. 16, n. 1, 1980.

NOVO SÉCULO, NOVAS PERSPECTIVAS: ESTRATÉGIAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO RUMO À PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE

NEW CENTURY, NEW PERSPECTIVES: THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION STRATEGIES TOWARDS THE PROMOTION OF DECENT WORK

Maria Hemília Fonseca*
Catharina Lopes Scodro**

INTRODUÇÃO

Criada em 1919, a Organização Internacional do Trabalho foi concebida com a finalidade de promover uma política social internacional, com a estrutura pautada no tripartismo (integrantes dos Governos e representantes das organizações de trabalhadores e

* Livre-Docente pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Doutora em Direito pela Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), com período sanduíche na *Universidad de Salamanca* (USAL). Mestra em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professora e Pesquisadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Pesquisadora Visitante na *Columbia University* e na *Universidad de Salamanca* e na *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Coordenadora do Grupo de Estudos sobre Internacionalização das Normas Trabalhistas (GEINT) e do Projeto de Extensão “Café com Pesquisa”.

** Doutoranda em Direito Social na *University of Strasbourg*. Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

empregadores). Na sua trajetória, é possível vislumbrar a repercussão de diferentes eventos históricos – como a Crise de 1929, por exemplo – e a identificação de fases relacionadas à sua atuação, como a aproximação com a promoção dos direitos humanos, na década de 1940.

Nesse sentido, na década de 1990, o cenário de globalização, o posicionamento dos Estados-membros e dos empregadores frente à regulação internacional do trabalho, a discussão sobre o uso de cláusulas sociais e as discussões e resultados da Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento Social na Dinamarca (1995), e da Conferência Ministerial de Singapura da Organização Mundial do Comércio (1996), levaram à publicação da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998).

Renovando a estratégia regulatória e a atuação da Organização, a Declaração reconheceu os princípios e direitos fundamentais no trabalho, a saber: i) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; ii) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; iii) a abolição efetiva do trabalho infantil; e iv) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Em 1999, na esteira de renovação da estratégia regulatória, o Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho, Juan Somavía, apresentou a ideia de trabalho decente, que se pauta na estruturação de ações com enfoque integrado e resulta da convergência de eixos estratégicos, quais sejam: (i) promoção dos (princípios e) direitos fundamentais no trabalho; (ii) (trabalho e) emprego; (iii) proteção social; e (iv) diálogo social.

Nesse sentido, com base no método de pesquisa dedutivo (Marconi; Lakatos, 2003, p. 91) e nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a pesquisa se propôs a investigar as novas perspectivas da OIT rumo à promoção de trabalho decente, com destaque para as estratégias de estruturação de programas com enfoque integrado no século XXI.

1. TRAJETÓRIA 1919-1998: DA CRIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO

No início do século XX, a ideia de regulação internacional do trabalho e da criação de normas internacionais – que pudessem servir como parâmetro para harmonização da legislação do trabalho em escala internacional – levou à criação da Associação Internacional para Legislação do Trabalho (*International Association for Labour Legislation*, em inglês) (Maul, 2019, p. 17-18). Tal Associação, fundada em 1900, se direcionou à promoção de uma política social internacional a partir de convenções, como, por exemplo, sobre a proibição do uso de fósforo branco e a proibição do trabalho noturno para mulheres (Maul, 2019, p. 19).

Contudo, no cenário da I Guerra Mundial (1914-1918), o movimento sindical internacional passou a assumir um protagonismo no delineamento da política social internacional (Maul, 2019, p. 20). Com o término da guerra, a elaboração do Tratado de Versalhes (Parte XIII) possibilitou o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com sede em Genebra (Suíça), no âmbito da Sociedade das Nações.

A OIT se incumbiu de promover uma política social internacional a partir de sua estrutura inovadora, concebida inicialmente como “um laboratório” para a cooperação entre atores sociais (Maul, 2019, p. 42, tradução nossa), composta por integrantes dos Governos e representantes das organizações de trabalhadores e empregadores (Maul, 2019, p. 42).

De acordo com Gerry Rodgers *et al.* (2009, p. 94, tradução nossa), desde o início, a Organização Internacional do Trabalho se propôs a melhorar a vida profissional das pessoas, o que incluiu a preocupação com “tornar o trabalho em si mais desejável”, a promoção do equilíbrio do trabalho com outros aspectos da vida, a produtividade e remuneração e a segurança do trabalho. Tais aspectos, conjuntamente, se referem à “qualidade do trabalho”, a qual constituiu uma “ideia fundamental” da OIT (Rodgers *et al.*, 2009, p. 95).

Contudo, a melhoria da qualidade do trabalho perpassa por aspectos econômicos (Rodgers *et al.*, 2009, p. 94-95), o que possibilita vislumbrar a latência de discussões relacionadas às dimensões social e econômica no âmbito da OIT. A Organização Internacional do Trabalho, bem como o Direito Internacional do Trabalho, ao regular internacionalmente o trabalho, intenta promover o equilíbrio entre o progresso econômico e social, regulando matérias trabalhistas com caráter internacional e servindo de inspiração aos trabalhadores e empregadores – e, por conseguinte, aos governos (Valticos, 1982, p. 50).

Observa-se que a regulação internacional do trabalho por meio da OIT se dá pelas normas internacionais do trabalho (NITs) (*International Labour Standards* – ILS, em inglês), as quais são adotadas na Conferência Internacional do Trabalho. Para elaboração das NITs, as estratégias adotadas se pautam na composição tripartite dos delegados com representantes do governo, do empregador e dos trabalhadores; no entendimento de que as convenções não podem conter nenhuma reserva; e na exigência de que os Estados-membros as submetam aos seus corpos legislativos, a fim de ratificá-las (Leary, 1982, p. 6).

As normas internacionais do trabalho podem ser adotadas, principalmente, sob a forma de convenções, com natureza jurídica de tratados internacionais de *hard law* com a finalidade de criar obrigações internacionais para os Estados-membros (Valticos, 1982, p. 50; Feliciano, 2013, p. 162-163), e de recomendações, com natureza jurídica de *soft law* que podem ser compreendidas como “sinalização de valor para os Estados-membros” (Feliciano, 2013, p. 162-163), “orientações não-vinculativas” (ILO, 2019, p. 20, tradução nossa), e/ou “diretrizes para a ação governamental” (Valticos, 1982, p. 50, tradução nossa).

No período de 1919 à 1939, a regulação internacional do trabalho se direcionou, sobretudo, às necessidades dos trabalhadores industriais, a despeito das críticas quanto à diversificação de sua esfera de atuação (Maul, 2019, p. 65). Destacaram-se, à época, a atuação dos trabalhadores marítimos para

serem contemplados na competência da Organização Internacional do Trabalho (Maul, 2019, p. 65).

Ressalte-se que a Crise de 1929, também conhecida como “Grande Depressão”, causada pelas rupturas no mercado de ações de Nova York, possibilitou uma “desaceleração econômica global sem precedentes” e, por conseguinte, impactou na regulação promovida pela Organização Internacional do Trabalho (Maul, 2019, p. 80, tradução nossa). Nesse cenário, a OIT se direcionou ao enfrentamento do desemprego em massa, com influência no Keynesianismo (Maul, 2019, p. 85).

Neste período, as convenções adotadas se relacionaram, principalmente, aos aspectos de seguro social (1933), à jornada de trabalho de quarenta horas semanais (1935) e aos feriados remunerados (1936). Percebe-se que o Keynesianismo permaneceu como paradigma econômico da Organização até década de 1970 (Maul, 2019, p. 88-89).

No cenário da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os reflexos sociais e políticos causados pela Grande Depressão e a ascensão do nazismo e do fascismo reverberaram na Organização Internacional do Trabalho. Assim, para além da alteração temporária da sede para Montreal (Canadá), a Organização Internacional do Trabalho reafirmou seus compromissos e finalidades – bem como “incorporou as esperanças e a vontade de renovação das democracias liberais” – na Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho, de Filadélfia (1944).

Na Declaração, os princípios fundamentais da Organização foram reafirmados, com destaque para as afirmações de que “o trabalho não é uma mercadoria” e de que “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”. Conjuntamente, a Declaração de Filadélfia proclamou a obrigação da OIT de prestar auxílio aos países na execução de programas, direcionados, por

exemplo, a “proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida” e a “dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral”.

De acordo com Ana Virgínia Moreira Gomes (2014, p. 24), a partir da Declaração de Filadélfia, a Organização Internacional do Trabalho vivenciou um processo de expansão do seu papel e das suas formas de ação. Assim, a OIT passou a focar nas atividades de cooperação técnica, a fim de fomentar a implementação de políticas sociais (Gomes, 2014, p. 24).

Conjuntamente, na década de 40, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) influenciaram o surgimento e, por conseguinte, o fortalecimento das ideias que relacionaram a Organização Internacional do Trabalho à promoção dos direitos humanos.

Assim, para Éricson Crivelli (2010, p. 59-70), a Organização Internacional do Trabalho passou – a partir de 1944 – a se direcionar à promoção dos direitos humanos, à elaboração de políticas públicas e à cooperação técnica. Tal cooperação se expandiu, sobretudo, nas décadas de 1960 e 1970 e possibilitou que a Organização assumisse “uma face muito mais global”, ao direcionar sua atuação aos países menos industrializados (Maul, 2019, p. 159, tradução nossa).

A cooperação técnica se relacionava, principalmente, à capacitação da força de trabalho a partir de projetos de qualificação profissional e de ampliação da produtividade dos trabalhadores (Maul, 2019, p. 159). Nesse sentido, é interessante destacar o *World Employment Programme* (WEP), que objetivou a criação de emprego produtivo nos países em desenvolvimento e a inserção do emprego nas agendas de desenvolvimento nacionais (Maul, 2019, p. 172).

Ainda, o fortalecimento dos discursos relacionados à “humanização do trabalho” levou a OIT a implementar o *Programme for the Improvement of Working Conditions and Environment* (PIACT) em 1976 (Maul, 2019, p. 218, tradução nossa). O PIACT focou

na melhoria das condições de trabalho e pode ser percebido como um programa complementar ao WEP (Maul, 2019, p. 237).

Tais iniciativas não lograram o êxito esperado e, conjuntamente, com as críticas que a Organização Internacional do Trabalho sofreu desde a década de 1970, levaram à reflexão sobre suas atividades e avaliação de sua produção legislativa (Gomes, 2014, p. 25). As críticas se direcionaram, sobretudo, à elevada quantidade e rigidez das convenções e à ausência de consideração dos efeitos econômicos das convenções ratificadas (Fonseca, 2017, p. 9; Rubio, 1998).

Assim, durante a década de 1990, o prevalecimento de um "clima antirregulatório" levou à redução dos índices de ratificação de convenções pelos Estados e ao distanciamento das tentativas de padronização normativa da OIT pelos empregadores (Maul, 2019, p. 249-250, tradução nossa).

Nesse cenário, a comunidade internacional presenciou o surgimento da Organização Mundial do Comércio (1994), o que reanimou a discussão acerca do uso das cláusulas sociais para regulação do trabalho nas transações comerciais (Costa; Friedrich, 2014, p. 39). Em 1994, o Diretor Geral da OIT Michel Hansenne publicou o relatório "*Defending values, promoting change – Social justice in a global economy: An ILO agenda*", no qual afirmou o intento de "adaptação das normas internacionais do trabalho às reais necessidades", considerando a estagnação do índice de ratificação das convenções, a discrepância de conduta dos governos quando a convenção é adotada pela Conferência e quando é submetida à ratificação bem como as dificuldades da OIT no que concerne à universalidade e às diferenças entre os Estados, dificultando a adoção de normas comuns (ILO, 1994, p. 43-44, tradução nossa).

Nos anos seguintes, as discussões e resultados da Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento Social na Dinamarca (1995) e da Conferência Ministerial de Singapura da Organização Mundial do Comércio (1996) importaram, respectivamente, no compromisso dos Estados com a proteção de direitos trabalhistas (mínimos) e a competência internacional da OIT no que tange às temáticas relacionadas ao trabalho, que afastou as discussões da adoção das

cláusulas sociais (Fonseca, 2017, p. 9-10). Salienta-se que a Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento Social na Dinamarca possibilitou o “impulso político aos direitos trabalhistas”, reverberando na postura dos Estados diante das convenções fundamentais, que viriam a ser definidas posteriormente (Böhning, 2005, p. 2, tradução nossa).

Em 1998, a Organização Internacional do Trabalho publicou a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que surgiu como um “divisor de águas na estratégia de regulação do trabalho adotada pela Organização desde sua criação em 1919” (Freitas Junior, 2014, p. 13). Neste instrumento, a Organização Internacional do Trabalho reafirmou o compromisso com a justiça social e considerou a insuficiência do crescimento econômico para “assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza” (OIT, 2022). Tal consideração confirmou o posicionamento da OIT no sentido de promoção de “políticas sociais sólidas” (OIT, 2022).

Em acréscimo, a Declaração reiterou que a OIT deveria “mobilizar o conjunto de seus meios de ação normativa, de cooperação técnica e de investigação em todos os âmbitos de sua competência” (OIT, 2022). Ademais, a OIT declarou os direitos fundamentais no trabalho (*core labour rights*, em inglês) cujo respeito, promoção e concretização prescindem de ratificação, por decorrer da sua Constituição (OIT, 1997).

Nesse sentido, os direitos fundamentais no trabalho e, por conseguinte, as convenções fundamentais são: i) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva – C87 e C98; ii) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório – C29 e C105; iii) a abolição efetiva do trabalho infantil – C138 e C182; e iv) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação – C100 e C111.

Salienta-se que a opção da Organização Internacional do Trabalho por declarar os direitos fundamentais no trabalho em uma declaração, isto é, em um instrumento de *soft law*, possibilitou

debates protagonizados, sobretudo, por Alston e Heenan, Maupain e Langille (Fonseca, 2017, p. 12-13).

Para Philip Alston (2004, p. 488-490; 518), o regime resultante da Declaração da OIT sobre Princípios e Direito Fundamentais no Trabalho apresenta falhas e marginaliza as convenções adotadas anteriormente pela Organização, ao comprometer sua relevância e as obrigações decorrentes de sua ratificação. Posteriormente, Philip Alston e James Heenan (2004, p. 263, tradução nossa) afirmaram que o regime de convenções da OIT foi sistematicamente substituído por “um sistema nebuloso, aberto e essencialmente autoavaliado e autodenominado de direitos fundamentais no trabalho”.

Já Francis Maupain (2005, p. 463) argumentou, com base em posicionamentos anteriores da Organização em relação às metas e objetivos fundamentais, que a Declaração dos Direitos Fundamentais no Trabalho por ser uma declaração não indicavam o enfraquecimento da regulação internacional do trabalho. Conjuntamente, para o autor (Maupain, 2005, p. 463, tradução nossa), a opção pelo instrumento de *soft law* pode ser vista como uma tentativa de superação do “modelo *self-service*” de direitos, contribuindo, por conseguinte, “para uma nova visão na qual todos os direitos dos trabalhadores são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados” (Fonseca, 2017, p. 13).

Nesse sentido, Brian Langille (2005, p. 436) arguiu que a Declaração da OIT sobre Princípios e Direito Fundamentais no Trabalho possuiu a finalidade de resgatar o *status* da Organização Internacional do Trabalho junto à comunidade internacional (Fonseca, 2017, p. 13).

Na perspectiva de renovação das estratégias regulatórias e atuação da Organização Internacional do Trabalho, os direitos fundamentais no trabalho, posteriormente, foram compreendidos como um eixo estratégico para promoção do trabalho decente.

2. VIRADA PÓS-1999 E ESTRATÉGIAS NO NOVO SÉCULO: IDEIAS GLOBAIS E PROGRAMAS LOCAIS RUMO À PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE

Em 1999, na 87ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, a ideia de trabalho decente (*decent work*, em inglês) foi apresentada pelo Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho, Juan Somavía, o primeiro latino-americano a ocupar o posto. Na ocasião, a ideia foi delineada no relatório “Trabalho Decente” (1999).

No relatório, Juan Somavía (re)afirmou a preocupação da OIT com a pluralidade e a diversidade dos trabalhadores, a despeito de, a OIT desde as suas origens, ter “prestado mais atenção às necessidades dos trabalhadores assalariados – a maioria deles homens – nas empresas formais” (ILO, 1999, tradução nossa). Nesse sentido, para além dos trabalhadores inseridos na relação de emprego, a ideia de trabalho decente foi apresentada para abranger os trabalhadores e as trabalhadoras, sobretudo os que se encontravam em situação de vulnerabilidade.

Percebe-se que o relatório – ao introduzir e apresentar a ideia de trabalho decente – propôs delinear novas possibilidades para a OIT e, sobretudo, reafirmar sua importância no cenário de globalização do final da década de 1990. Assim, de acordo com o relatório, a OIT se apresentava como “ponto de referência global para o conhecimento sobre emprego e questões trabalhistas; o centro de ação normativa no mundo do trabalho; uma plataforma de debate e negociação internacional sobre política social; e uma fonte de serviços para defesa, informação e formulação de políticas” (ILO, 1999, tradução nossa) perante a comunidade internacional.

Nesse cenário, o Diretor Geral Juan Somavía reconheceu a “capacidade histórica de adaptação, renovação e mudança” da OIT (ILO, 1999, tradução nossa), bem como reiterou a necessidade de delinear as prioridades e de criar um senso de propósito comum para possibilitar o real avanço social. Assim, o relatório firmou como objetivo da Organização Internacional do Trabalho a melhoria da

“situação da pessoa humana no mundo do trabalho”, isto é, “promover oportunidades para que mulheres e homens obtenham um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana” (ILO, 1999, tradução nossa).

Nota-se que, a despeito da ausência de conceituação do trabalho decente, o relatório forneceu os objetivos estratégicos sobre os quais a ideia se fundamenta. Tais objetivos, reconhecidos como eixos/pilares pela capacidade de orientação das políticas da Organização, são: (i) promoção dos direitos fundamentais no trabalho; (ii) emprego; (iii) proteção social; e (iv) diálogo social.

No eixo (i), a promoção dos (princípios e) direitos fundamentais no trabalho, se refere ao “fundamento ético e jurídico das normas laborais” (Fonseca, 2017, p. 18), que foram enunciados na Declaração de Filadélfia (1944) e na Declaração sobre Princípios e Direito Fundamentais no Trabalho (1998).

No eixo (ii), o emprego inclui as ocupações formais e informais, realizado por homens e mulheres, nas casas, nas fábricas e/ou nas ruas (Rodgers *et al.*, 2009, p. 15). Assim, é possível identificar o eixo como “trabalho e emprego”, o qual inclui a pluralidade de trabalhos (e, inclusive, aqueles não remunerados) e se refere às oportunidades de acesso e aos aspectos relacionados à qualidade do trabalho (*v.g.*, condições de exercício e possibilidade de desenvolvimento pessoal) (Fonseca, 2017, p. 19-20; Rodgers *et al.*, 2009, p. 15).

No eixo (iii), a proteção social, reconhecida como “direito básico e um meio de promoção de coesão, harmonia e justiça social” (Fonseca, 2017, p. 21), pela Organização Internacional do Trabalho, intenta promover e garantir a segurança aos trabalhadores, considerando a amplitude de situações “inseguras”, que podem se relacionar, por exemplo, à irregularidade da remuneração ou às implicações à saúde (Rodgers *et al.*, 2009, p. 16).

Por último, no eixo (iv), o diálogo social se associa às “formas com que os trabalhadores conseguem se expressar e se fazer ouvir” (Fonseca, 2017, p. 23), o que possibilita a construção democrática de

decisões ao fortalecer a participação e o envolvimento dos diferentes atores sociais envolvidos na relação de trabalho.

A convergência dos eixos pautou a estruturação de políticas, que foi apresentada no relatório “Trabalho Decente” (1999). Neste relatório, Juan Somavía afirmou que “a OIT deve[ria] articular uma resposta política coerente com base em seus próprios valores e competências e adaptada à diversidade das necessidades regionais”, bem como fornecer programas multidisciplinares e “ter voz no debate internacional” (ILO, 1999, tradução nossa). Evidencia-se, por conseguinte, que a promoção do trabalho decente pela OIT visou expandir sua atuação para além da produção legiferante.

Nesse sentido, no final do século XX, a Organização Internacional do Trabalho se mostrou como instituição comprometida com a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores, no âmbito da comunidade internacional, cuja atuação seria focada nas políticas – por exemplo, a partir da estruturação e/ou da cooperação técnica – para concretização dos eixos estratégicos. Essa atuação, por conseguinte, se relacionou à concepção de desenvolvimento, eis que desenvolvimento e trabalho decente são ideias profundamente relacionadas.

Nesta relação, é possível afirmar que Amartya Sen foi o “artífice do marco teórico” sobre o qual se delineou a ideia de trabalho decente (Beltramelli Neto; Rodrigues, 2021, p. 474). Na publicação “*Work and Rights*”, que serviu de discurso para abertura da 87ª Conferência Internacional do Trabalho (1999), Sen (2000, p. 119, tradução nossa) afirmou que se tratava de um momento histórico para a OIT, na qualidade de “guardiã dos direitos dos trabalhadores no sistema das Nações Unidas”.

Nesse sentido, o autor deu boas-vindas à iniciativa de promoção do trabalho decente, sobretudo, por conferir uma nova perspectiva à OIT, pautada nas seguintes características: a articulação do objetivo de melhoria das oportunidades e condições de trabalho, que incluiu todos os trabalhadores na sua cobertura; a incorporação da ideia de direitos básicos, a qual se estende “do puro domínio da legalidade para a arena mais ampla da ética social” (Sem, 2000, p. 123, tradução

nossa); a contextualização das condições de trabalho e emprego no espectro da estrutura social, econômica e política, de sorte que “as vidas das pessoas que trabalham são, é claro, diretamente afetadas pelas regras e convenções que regem seu emprego e trabalho, mas também são influenciadas, em última análise, por suas liberdades como cidadãos com uma voz que pode influenciar políticas e até escolhas institucionais” (Sen, 2000, p. 125, tradução nossa); e a abordagem global, que compreende as interfaces da globalização e das necessidades generalizadas e, portanto, “exige uma compreensão igualmente globalizada da prioridade do trabalho decente e de suas múltiplas demandas nos arranjos econômicos, políticos e sociais” (Sen, 2000, p. 128, tradução nossa).

Observa-se que a ideia – e, por conseguinte, a promoção – do trabalho decente não se apresenta apartada dos cenários social, político e econômico, bem como dos panoramas global e locais. Assim, a iniciativa da OIT em delinear seus eixos estratégicos e possibilitar a cooperação técnica para sua promoção se direciona a tornar a sua promoção factível, a despeito das discrepâncias global e locais dos Estados e dos postos de trabalho.

Tal percepção, de acordo com Amartya Sen (2010), relaciona-se ao desenvolvimento, que possui maior amplitude do que o crescimento econômico, ao considerar determinantes como, por exemplo, o acesso à educação e à saúde, o exercício dos direitos e a possibilidade de ingresso no mercado de trabalho. Nesse sentido, o desenvolvimento possui como principal meio e o principal fim a expansão da liberdade e, portanto, a eliminação das principais formas de sua privação (pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas e intensa interferência de Estados repressivos) (Sen, 2010, p. 16-17).

A liberdade se relaciona à capacidade geral da pessoa que, na qualidade de agente, pode escolher o tipo de vida que deseja levar e, por exemplo, o emprego em que queira trabalhar (Sen, 2010, p. 25-33). Além disso, a ideia de desenvolvimento situa o indivíduo como elemento central, garantindo-lhe a expansão de suas liberdades e o exercício de sua capacidade geral.

Ressalte-se que o trabalho pode ser compreendido como uma liberdade, de sorte que a promoção do trabalho decente surge como uma “ação bem deliberada” (Sen, 2000, p. 119, tradução nossa), para possibilitar o desenvolvimento (Beltramelli Neto; Rodrigues, 2021, p. 488).

Tal “ação bem deliberada” foi estruturada na forma do Programa de Trabalho Decente (PTD) que, de acordo com Maria Hemília Fonseca (2017, p. 15), possui um “alto valor estratégico” pelo dinamismo e coesão na integração dos eixos (i) promoção dos (princípios e) direitos fundamentais no trabalho; (ii) (trabalho e) emprego; (iii) proteção social; e (iv) diálogo social.

Apresentado no relatório “Reduzir o déficit de trabalho decente: um desafio global” (2001), o Programa se propõe a ser “um agente fundamental de mudança, em benefício de todos, bem como uma plataforma que nos permite unir os nossos interesses e pontos de vista”, que se desenvolve a partir de “políticas encaminhadas para a consecução do trabalho decente” (OIT, 2001, tradução nossa).

Neste relatório, Juan Somavía se posicionou no sentido de buscar a aplicabilidade do PTD à realidade dos países, possibilitando “uma agenda política prática, adaptada a preocupações e circunstâncias específicas” (OIT, 2001, tradução nossa), a partir de “políticas de promoção de negócios e emprego, junto com políticas de defesa dos direitos básicos no trabalho e políticas para fortalecer os parceiros sociais e fortalecer o diálogo em torno do trabalho decente, bem como para expandir a proteção social e apoiar a igualdade de gênero” (OIT, 2001, tradução nossa). Tal discurso reitera a aproximação do trabalho decente com o desenvolvimento, na ideia de Amartya Sen.

Na justificativa do Programa de Trabalho Decente, o Diretor Geral da OIT, Juan Somavía, argumentou, valendo-se da plasticidade da ideia, que: (i) “o trabalho decente é uma meta”, na qualidade de aspiração universal que representa objetivo para as pessoas e para os países; (ii) “o trabalho decente oferece um marco integrado para elaboração de políticas”, com um enfoque coerente centrado nos eixos estratégicos; (iii) “o trabalho é um método para organização de

programas e atividades”, que permite a definição de metas e indicadores para aferição dos progressos relacionados à sua promoção; (iv) “o trabalho decente é uma plataforma para impulsionar o diálogo e a colaboração externos” e a OIT e seus representantes, unicamente, não conseguiriam tornar realidade os eixos estratégicos da promoção do trabalho decente e, portanto, reconheceu a necessidade de compromisso com diferentes atores (Somavía, 2009, p. 177-178, tradução nossa).

Nesse contexto, foi estabelecido o Programa Piloto de Trabalho Decente (PPTD), que se propôs a viabilizar formas de alcançar o trabalho decente nos países, partindo de cinco tarefas: apoio às “iniciativas nacionais pela redução do déficit de trabalho decente” ; fortalecimento das “capacidades nacionais de integração do objetivo do trabalho decente nos programas políticos”; demonstração do “enfoque integrado do trabalho decente em diferentes contextos socioeconômicos”; desenvolvimento de “métodos para projetar programas eficazes nos países e políticas de promoção do trabalho decente”; e difusão dos “ensinamentos para alcançar uma aplicação mais ampla” do PPTD (OIT, 2006, p. 8, tradução nossa). Ressalte-se que os países participantes do PPTD foram: Bahrein, Bangladesh, Dinamarca, Filipinas, Gana, Cazaquistão, Marrocos e Panamá (OIT, 2006, p. 10).

No processo de programação e implementação, o Programa Piloto de Trabalho Decente compreende: identificar o foco de atenção e confirmar a viabilidade do Programa; desenvolver marcos políticos integrados e planos de ação práticos; mobilizar recursos e apoio técnico; manter o impulso e aproveitar as oportunidades durante a implementação; gerar e compartilhar conhecimentos; controlar os progressos e ajustar as políticas e os programas (OIT, 2006, p. 8, tradução nossa). Tal processo é constantemente permeado por atividades de promoção e criação de capacidades para o PTD e por revisão das políticas do programa para identificação de prioridades nacionais e de desafios verificados para a promoção do trabalho decente (OIT, 2006, p. 24). O PPTD deu

origem aos Programas de Trabalho Decente por País (PTDP) (Fonseca, 2017, p. 26).

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, o Programas de Trabalho Decente por País (PTDP) constitui um “marco operacional” para todas as atividades da Organização no respectivo país, consolidando-se, portanto, como “o principal instrumento de colaboração entre a OIT e um determinado país durante um período de quatro a seis anos” (Fonseca, 2017, p. 26). Ressalte-se que há a possibilidade de se estabelecer programas de abrangência sub-regional (OIT, 2005, p. 6).

O Programa de Trabalho Decente por País se inicia a partir de uma análise dos problemas e das lições aprendidas e prossegue com: a determinação de prioridades pautadas, por exemplo, nos planos de desenvolvimento nacional; o estabelecimento dos efeitos diretos em projetos no médio prazo (entre quatro e seis anos) e no curto prazo (ciclos bienais); a definição do plano de execução, que inclui os produtos e recursos; o monitoramento e avaliação do desempenho do programa, a fim de ajustar as atividades e os resultados (OIT, 2005, p. 4). Por fim, os documentos são publicados para possibilitar a divulgação do trabalho da OIT e o desempenho do Programa.

O PTDP se direciona a identificar os aspectos sociais e trabalhistas de um determinado país, que dialogam com os “eixos estratégicos” de promoção geral do trabalho decente, delineados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2005, p. 4). Ainda, a Organização possibilita que o PTDP seja revisado quando necessário, de modo parcial ou total, considerando o planejamento e os resultados esperados (OIT, 2005, p. 4).

Percebe-se, portanto, que o Programa de Trabalho Decente por País resulta da cooperação da OIT com os Estados-membros (OIT, 2005, p. 8) e, por conseguinte, “envolve o diálogo social tripartite e o atendimento das normas internacionais de trabalho, além da integração de áreas técnicas e estratégicas para o país” (Fonseca, 2017, p. 26).

Assim, os programas – Programa de Trabalho Decente (PTD), Programa Piloto de Trabalho Decente (PPTD) e Programa de Trabalho Decente por País (PTDP) – se lançam como novas perspectivas da OIT rumo à promoção de trabalho decente, a partir da ideia global e de iniciativas locais.

CONCLUSÃO

Na trajetória da Organização Internacional do Trabalho, é possível vislumbrar a repercussão de diferentes eventos históricos e a identificação de fases relacionadas à sua atuação. Na década de 1990, a OIT vivenciou a renovação de sua estratégia regulatória, a partir da publicação da Declaração da OIT sobre Princípios e Direito Fundamentais no Trabalho (1998) e da construção e apresentação da ideia de trabalho decente.

Tal ideia, apoiada na concepção de desenvolvimento de Amartya Sen, propôs delinear novas possibilidades para a OIT e, sobretudo, reafirmar sua importância no cenário de globalização do final do século XX. Nesse sentido, a noção de trabalho decente se propôs a viabilizar a melhoria da situação da pessoa humana no mundo do trabalho como objetivo da Organização Internacional do Trabalho.

Para tanto, o trabalho decente se fundamenta em eixos estratégicos, a saber: (i) promoção dos (princípios e) direitos fundamentais no trabalho; (ii) (trabalho e) emprego; (iii) proteção social; e (iv) diálogo social. Tal convergência dos eixos para promoção de trabalho decente se relacionou à estruturação de políticas.

No século XXI, visualiza-se que a Organização Internacional do Trabalho focou sua atuação, para além da produção legiferante, na estruturação e cooperação técnica para realização de políticas, com base nos seus eixos estratégicos. Para tanto, as políticas se apresentaram na forma de programas, com destaque para o Programa de Trabalho Decente (PTD), o Programa Piloto de Trabalho Decente (PPTD) e o Programa de Trabalho Decente por País (PTDP).

Tais Programas, a despeito de se pautarem nos eixos estratégicos gerais, possuem prioridades contextualizadas às respectivas realidades dos países, possibilitando a factibilidade da promoção do trabalho decente a partir do delineamento de iniciativas localizadas.

À vista disso, a ideia de promoção do trabalho decente, delineada em 1999, possibilitou uma “virada” na atuação da Organização Internacional do Trabalho a partir de 2000. No novo século, observa-se que a OIT vivenciou a incorporação de diferentes estratégias, das quais se destaca a promoção global do trabalho decente, com iniciativas locais como a estruturação de Programas com enfoque integrado, (re)afirmando a sua importância na comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ALSTON, P. "Core Labour Standards" and the Transformation of the International Labour Rights Regime. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 457-521, 2004.

ALSTON, P.; HEENAN, J. Shrinking the international labor code: an unintended consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 36, n. 2-3, p. 221-264, 2004.

BELTRAMELLI NETO, S.; RODRIGUES, M. N. Trabalho Decente: comportamento ético, política pública ou bem juridicamente tutelado? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 1, abr. 2021.

BÖHNING, W. R. **Labour Rights in Crisis: Measuring the Achievement of Human Rights in the World of Work**. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

COMPA, L. Replantar un campo: Derecho Internacional del Trabajo para el siglo XXI. **Revista Laborem**, n. 18, p. 75-114, 2016.

COSTA, J. A. F.; FRIEDRICH, T. S. As declarações internacionais e o direito internacional do trabalho. *In*: GOMES, A. V. M.; FREITAS JUNIOR, A. R. de (org.). **A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos**. São Paulo: LTr, 2014. p. 39-45.

CRIVELLI, E. Direito internacional do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2010.

FELICIANO, G. G. **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, M. H. **Qualificação profissional: um instrumento de promoção do trabalho decente**. Diálogo OIT-Brasil. 2017. 190 p. Tese de Livre Docência (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

FREITAS JUNIOR, A. R. de. Direitos sociais e direitos fundamentais na perspectiva da Declaração da OIT de 1998: um caso de soft law no rumo de sua efetividade. *In*: GOMES, A. V. M.; FREITAS JUNIOR,

A. R. de (org.). **A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho**: análise do seu significado e efeitos. São Paulo: LTr, 2014. p. 13-18.

GOMES, A. V. M. A Declaração da OIT de 1998: história, mudanças e desafios. In: GOMES, A. V. M.; FREITAS JUNIOR, A. R. de (org.). **A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho**: análise do seu significado e efeitos. São Paulo: LTr, 2014. p. 19-38.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Report of the Director-General: Decent Work**. Geneva: ILO, 1999. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Report of the Director-General, International Labour Conference, 81st Session. Geneva: ILO, 1994.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Rules of the game**: an introduction to the standards-related work of the International Labour Organization. Geneva: ILO, 2019.

LANGILLE, B. A. Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston). **European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 409-437, 2005.

LEARY, V. A. **International labour conventions and national law**: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems. Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1982.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAUL, Daniel. **The International Labour Organization**: 100 Years of Global Social Policy. ILO: Geneva, 2019.

MAUPAIN, F. Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights. **European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 439-465, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e Declaração de Filadélfia**. Genebra: OIT, 1997. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

ilo.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilgia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho. Genebra: OIT, 2022.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Declaración del Juan Somavia, Secretario General de la Conferencia:** Presente su Memoria "Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global". Ginebra: OIT, 2001. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/spanish/bureau/dgo/speeches/somavia/2001/ilc.htm>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Programa de trabajo decente por país de la OIT:** una guía práctica. Ginebra: OIT, 2005.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Trabajo decente:** del programa piloto a los programas por país. Enseñanzas extraídas del programa piloto sobre trabajo decente. Ginebra: OIT, 2006.

RODGERS, G.; LEE, E.; SWEPSTON, Lee; VAN DAELE, J. The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919–2009. Geneva: ILO, 2009.

RUBIO, I. A. D. Economic limits on international regulation: case study of ILO standard-setting. **Queen's Law Journal**, v. 24, n. 1, p. 189-236, 1998.

SEN, A. K. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SEN, A. Work and rights. **International Labour Review**, v. 139, n. 2, p. 119-128, 2000.

SOMAVÍA, J. Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global. **Boletín CINTERFOR**, n. 151, p. 177-186, 2009.

VALTICOS, N. International Labour Law. *In*: BLANPAIN, R. (org.). **Comparative labour law and industrial relations.** Dordrech: Springer Science+Business Media, 1982. p. 49-64.

PARTE II

A OIT E O SEU PAPEL NA GÊNESE E NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO

O PROCESSO DE ELABORAÇÃO E APROVAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 190 DA OIT

THE PROCESS OF ELABORATION AND APPROVAL OF ILO CONVENTION Nº 190

Ana Clara Tristão*
Victor Hugo de Almeida**

INTRODUÇÃO

A adoção de uma nova norma internacional do trabalho pela Organização do Trabalho (OIT) alonga-se, normalmente, por cinco anos, a partir do momento em que o tema é incluído pela primeira vez na ordem do dia da Conferência Internacional do Trabalho (CIT), até ao momento em que os delegados nacionais são conclamados a votar a sua adoção. Durante este período, ocorre um processo contínuo de consulta aos mandantes tripartidos da OIT – governos, empregadores e trabalhadores – por meio de questionários, interações, comentários, opiniões e debates. Desta forma, a proposta

* Doutoranda, Mestra e Bacharela em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Especialista em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo (RETRAB).

** Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Professor, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Vice-Chefe do Departamento de Direito Privado, de Processo Civil e do Trabalho da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (FCHS/UNESP). Líder do Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo (RETRAB).

de texto final apresentada à CIT para adoção é resultado de um processo elaborado pelos mandantes.

Em conformidade com a Constituição da OIT, exige-se a aprovação por maioria de dois terços para a adoção de novas normas internacionais (OIT, 1997). Os votos a favor da Convenção nº 190 (C190) e da Recomendação nº 206 (R206) superaram esse quórum. Em relação à Convenção nº 190, foram 439 votos a favor, 7 contra e 30 abstenções. Já em relação à Recomendação nº 206, foram 397 votos a favor, 12 contra e 44 abstenções. Para a C190, foram registrados três votos favoráveis (dois representantes do governo e um representante dos trabalhadores) e uma abstenção do Brasil (representante dos empregadores); para a R206, registrou-se um voto favorável (representante dos trabalhadores) e três abstenções (dois representantes do governo e um representante dos empregadores) do Brasil.

Antes da Convenção nº 190 e da Recomendação nº 206 da OIT, inexistia definição universalmente aceita de “violência e assédio” relacionada especificamente ao mundo do trabalho. Isto não significa que o fenômeno da violência e assédio não fosse já abordado anteriormente em vários instrumentos jurídicos e quadros normativos. Não obstante, estes instrumentos referiam-se ou a direitos de grupos específicos (por exemplo, às crianças, às pessoas com deficiência ou às mulheres), ou a comportamentos inaceitáveis por motivos específicos (por exemplo, o gênero, a raça, a opinião política etc.).

A violência e o assédio são incompatíveis com o trabalho digno e constituem uma severa ameaça para a igualdade de oportunidades e para ambientes de trabalho seguros, saudáveis e produtivos, violando, portanto, a dignidade dos trabalhadores (Tristão, 2020). Nenhum país está isento de violência e assédio no mundo do trabalho: trata-se de um fenômeno generalizado, presente em todos os setores, profissões e modalidades de trabalho.

Com a C190 e a R206, tem-se, pela primeira vez, um entendimento global comum acerca dos comportamentos que constituem violência e assédio no mundo do trabalho, bem como

um quadro de ações para prevenir e abordar o fenômeno de forma eficaz e eficiente.

A C190 é composta por sete seções: I. Definições; II. Âmbito de Aplicação; III. Princípios Fundamentais; IV. Proteção e Prevenção; V. Controle da Aplicação e Vias de Recurso e Reparação; VI. Orientação, Formação e Sensibilização; VII. Métodos de Aplicação; VIII. Disposições Finais.

As três primeiras seções da C190 definem o quadro legal do novo instrumento internacional, conceitos e princípios fundamentais, enquanto as seções IV a VII desenvolvem, com maior profundidade, a forma de abordar o fenômeno da violência e assédio no mundo do trabalho. Por sua vez, a R206 desenvolve e complementa as seções III a VII da C190.

Assim, o objetivo do presente estudo, de natureza exploratória e descritiva, é analisar o processo de elaboração e aprovação da Convenção nº 190 da OIT, por meio dos relatórios publicados pela Organização Internacional do Trabalho. Para tal desiderato, adotaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, cujos dados e informações foram analisados por meio do raciocínio dedutivo.

Por derradeiro, este trabalho é estruturado em três tópicos. No primeiro, estuda-se o desenvolvimento da discussão a respeito do tema no âmbito da OIT. No segundo, examina-se a definição combinada de "violência e assédio" e suas particularidades no contexto da Convenção nº 190 da OIT. Por fim, o terceiro aborda a amplitude de aplicação da Convenção nº 190 da OIT.

1. PROCESSO DE ELABORAÇÃO E APROVAÇÃO DA C190

Diante da necessidade de um instrumento normativo de âmbito internacional que tratasse especificamente dos casos de violência e assédio no mundo do trabalho, o Conselho de Administração da OIT, em 2015, incluiu o tópico na ordem de trabalhos da 107ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho. Foi preparado um documento de base para o debate de uma Reunião de Peritos sobre

a violência contra as mulheres e os homens no mundo do trabalho, de caráter tripartido, no qual foram delineados o âmbito, as definições, a prevalência, o impacto da violência e do assédio no mundo do trabalho, salientando algumas respostas ao problema adotadas a nível internacional, regional e nacional (ILO, 2016a). Em 2016, a Reunião de Peritos estipulou que a questão deveria ser abordada com caráter de urgência (ILO, 2016b). Em seguida, a OIT preparou o Relatório Branco (ILO, 2017), objetivando facilitar o debate normativo sobre a violência e o assédio no trabalho, que reuniu informações sobre a legislação acerca do tema ao redor do mundo, acompanhado de um questionário que foi enviado aos Estados-membros para expressarem suas opiniões. Com base nas respostas recebidas dos governos e das organizações de empregadores e de trabalhadores, a OIT organizou o Relatório Amarelo (ILO, 2018).

Em 2018, na 107ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, decidiu-se que o tópico deveria ser incluído novamente na próxima sessão ordinária com o objetivo de adoção de novos instrumentos normativos. Em seguida, a OIT apresentou, por meio do Relatório Marrom (ILO, 2019c), um esboço para o texto da convenção e da recomendação, que foi encaminhado para os governos, convidados a enviarem suas emendas e comentários.

O Relatório Azul, então, foi publicado em dois volumes: o primeiro contendo os pontos essenciais das respostas recebidas dos governos e das organizações de empregadores e trabalhadores (ILO, 2019d); o segundo contendo a atualização dos textos propostos para a convenção e a recomendação, à luz das respostas recebidas (ILO, 2019e).

Finalmente, em junho de 2019, na 108ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, foi adotada a Convenção nº 190, acompanhada da Recomendação nº 206.

2. DEFINIÇÃO COMBINADA DE “VIOLÊNCIA E ASSÉDIO”

Antes da C190, inexistia uma definição única e universalmente aceita dos termos “violência” e “assédio” no mundo do trabalho (OIT, 2021). Dependendo do contexto histórico, jurídico e cultural, bem como das perspectivas específicas adotadas pelas várias disciplinas e âmbitos de regulação e de pesquisa, as definições variavam. Ademais, o caráter evolutivo de tais conceitos também fez com que algumas definições fossem mais abrangentes do que outras, o que foi amplamente reconhecido desde o início do processo de adoção da C190 e da R206 (ILO, 2017).

Em outubro de 2016, o Conselho de Administração da OIT convocou uma reunião tripartite de peritos, com o objetivo de fornecer orientação e assentar as bases do primeiro debate sobre a eventual adoção de novos instrumentos sobre o tema. Naquele momento, o tema havia sido enquadrado como “violência contra as mulheres e os homens no mundo laboral” e foi elaborado um documento base para subsidiar a reunião. Discutiu-se, também, o termo “assédio”, bem como outros termos que descrevem várias manifestações de comportamentos violentos e danosos no contexto laboral, a fim de se alcançar um consenso sobre o possível âmbito de uma definição eficaz e representativa (ILO, 2016b).

No decorrer desta reunião, tendo como base as recomendações formuladas no documento de referência, surgiu a necessidade de uma conceitualização ampla do fenômeno, bem como a proposta de se considerar os conceitos de violência e assédio em conjunto. Os especialistas reconheceram a dificuldade de distinguir entre esses dois conceitos, uma vez que um comportamento ou prática inaceitável pode conter elementos tanto de assédio como de violência (ILO, 2016b). Esta ideia foi posteriormente debatida e finalmente endossada pela Conferência Internacional do Trabalho. Desde então, alterou-se o título original do item da agenda para incluir o termo “assédio”.

Durante o debate na CIT, também se deliberou que a violência e o assédio devem ser entendidos como um *conjunto* de

comportamentos e práticas inaceitáveis, em resposta à necessidade de uma conceitualização ampla, capaz de refletir as linhas caracterizadoras de violência e assédio, bem como o entendimento de que comportamentos e práticas podem evoluir de um para outro. Esta formulação também garante a abrangência de todas as formas de violência e assédio (OIT, 2021).

Ademais, além de comportamentos e práticas, a definição também abrange *ameaças* de tais comportamentos e práticas, cuja previsão é de suma relevância, na medida em que o conceito de violência e assédio compreende os atos não efetivamente perpetrados.

O termo “inaceitável” é o elemento qualificador chave de tais comportamentos, práticas e ameaças e um dos elementos importantes desta definição. Este elemento, amplamente discutido e debatido, desempenhou um papel importante no processo de elaboração das normas. Embora algumas vezes no debate tenham considerado que tal termo carecia de objetividade e tenham proposto uma redação alternativa em torno do conceito de “desvio da conduta razoável”, verificou-se não ter o uso de “conduta razoável” precedentes em nenhuma norma internacional de trabalho, enquanto o termo “inaceitável” é referido em relação aos termos “perigos e riscos” na Recomendação nº 188 da OIT, sobre agências privadas de emprego.

Para qualificar a violência e o assédio, os comportamentos, práticas e ameaças inaceitáveis podem ocorrer uma só vez, ou podem se repetir. Embora não abordado especificamente durante o debate da CIT, três governos e uma organização de empregadores sugeriram – por meio do questionário apresentado diretamente aos mandantes em 2017 – a repetição como elemento caracterizador de violência e assédio (ILO, 2018). Esta posição é também coerente com a legislação e as práticas analisadas no Relatório Branco: verificou-se o elemento de repetição ou persistência em 31% dos países que definem a violência psicológica, predominando em relação aos termos intimidação e assédio moral e, principalmente, ao assédio de forma geral (ILO, 2017).

Ao invés de elencar diferentes tipos de violência e assédio, a definição foca no conceito de dano, ou seja, não é necessariamente a natureza do ato em si que o qualifica como uma ou outra forma de violência e assédio, mas sim os resultados de tal ato: danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos.

Por isto, a definição baseia-se no impacto, confirmando a amplitude pretendida à definição: por um lado, reconhece as diversas formas de lesão às pessoas pela violência e assédio; por outro, não limita o seu alcance unicamente a determinados tipos de atos, comportamentos e práticas.

A abordagem delineada no Relatório Amarelo enfatizou que uma lista exaustiva para definir a conduta que constitui violência e assédio no mundo do trabalho é evitada devido ao risco de limitação, dado que a compreensão do que constitui violência e assédio está em constante evolução (ILO, 2018).

Destaca-se, ainda, a importância do conceito de dano em relação à intencionalidade: a intenção por parte do autor não é indispensável para que um determinado ato cause danos e, conseqüentemente, para que tal ato se qualifique como violência e assédio. Neste sentido, importa o resultado do comportamento, prática ou ameaça sobre a pessoa destinatária. Por outro lado, ao dispor “[...] que tenham por objeto, que causem, ou sejam suscetíveis de causar [...]” (ILO, 2019a), a definição abarca, igualmente, tanto os resultados previstos como os prováveis: um ato não tem de produzir, necessariamente, um dano para constituir violência e assédio, se a intenção e a probabilidade estiverem presentes.

Ademais, integra a definição contida na C190 a classificação de gênero da violência e assédio. No Art. 1.1, “a”, da C190, verifica-se não estarem a violência e o assédio com base no gênero incluídos na noção mais ampla destes institutos, ou seja, a violência e o assédio com base no gênero não são tratados como um fenômeno apartado. Por isto, os mesmos elementos caracterizadores do conceito de violência e assédio são aplicáveis à violência e assédio com base no gênero. Por “violência e assédio com base no gênero”, compreende-se “[...] violência e assédio dirigido às pessoas em

virtude do seu sexo ou gênero, ou que afetam de forma desproporcionada as pessoas de um determinado sexo ou gênero [...]” (ILO, 2019a), incluindo o assédio sexual.

Salienta-se, por derradeiro, o disposto no Art. 1.2 da C190, a respeito da garantia pelos Estados-membros da manutenção da flexibilidade em relação à consideração da violência e assédio como um conceito único ou como conceitos separados, em suas legislações e regulamentos internos. Neste sentido, a C190 contém uma disposição essencial, insculpida em seu Art. 7: a violência e o assédio devem ser definidos e proibidos sem prejuízo do conteúdo do Artigo 1; ou seja, embora a C190 confira aos governos liberdade na adoção de uma definição nas legislações e regulamentos nacionais, impõe a obrigatoriedade de observância do previsto em seu texto.

3. AMPLITUDE DE APLICAÇÃO DA C190 DA OIT

Antes mesmo da aprovação da C190 da OIT, ainda em 2016, a Reunião de Peritos reconheceu existir um conteúdo probatório considerável a indicar a persistência de violência e assédio em face de trabalhadores, candidatos a empregos e estagiários (ILO, 2016b). O debate sobre os legítimos destinatários da proteção prevista nos novos instrumentos originou-se a partir desta constatação.

O questionário do Relatório Branco indagava se, para fins da convenção, o termo “trabalhador(a)” deveria abarcar tanto “[...] as pessoas que exerçam qualquer emprego ou profissão, independentemente da sua situação contratual e em todos os setores da economia - formal ou informal [...]”, como, também, pessoas em formação, estagiários e aprendizes; voluntários/as; pessoas a buscarem emprego; e trabalhadores/as dispensados/as e suspensos/as” (ILO, 2017).

Enquanto a maioria dos governos e das organizações de trabalhadores concordou com uma conceitualização tão ampla quanto possível do termo “trabalhador(a)”, a maioria das organizações de empregadores manifestou a sua preocupação pela

falta de controle dos empregadores relativamente a algumas das categorias propostas, como, por exemplo, as de trabalhadores dispensados (ILO, 2018).

O primeiro esboço do texto da C190 da OIT inseria estas categorias em um artigo cujo dispositivo indicava a abrangência do termo “trabalhador” (ILO, 2018). Da forma como se encontrava redigido o dispositivo, a definição de trabalhador seria ampliada e passaria a incluir os voluntários, as pessoas em busca de emprego, os trabalhadores despedidos e suspensos. Assim, diversos governos e organizações de trabalhadores solicitaram esclarecimentos sobre tal ponto, apesar de reconhecerem que estas categorias normalmente encontram-se à margem do âmbito de aplicação das normas existentes, reforçando, portanto, a importância de protegê-las.

Em verdade, a questão não era tanto uma oposição a uma abordagem inclusiva, mas sim um alerta quanto ao modo de qualificar tais categorias de maneira adequada, posto que as reunir sob a denominação de “trabalhador” poderia culminar em incompatibilidade em relação à abrangência do termo prevista nos quadros jurídicos nacionais.

Durante o primeiro debate da CIT em 2018, foram discutidas e consideradas várias propostas de emendas, com vista a ultrapassar esta questão em particular. As conclusões do debate acercaram-se à forma final do artigo, na forma atualmente disposta na C190. Concluiu-se não ser necessário que a C190 ostentasse uma definição da palavra “trabalhador”. Assim, desincumbindo-se de talhar uma definição do termo “trabalhador”, tornou-se mais fácil incluir “outras pessoas do mundo do trabalho” dentro do perímetro de proteção, mencionando, explicitamente, as pessoas em formação, os estagiários, os aprendizes, os trabalhadores despedidos, os voluntários e as pessoas em busca de emprego.

Quanto aos empregadores, a inclusão no âmbito de proteção foi um dos temas do segundo debate da CIT em 2019, embora já houvesse sido suscitado pelos constituintes nacionais no questionário (ILO, 2018). Dessa forma, o objetivo insculpido no

Artigo 2 da C190 é o de incluir os empregadores como pessoas singulares no âmbito da proteção.

A redação inicial dos instrumentos discutidos pela CIT, em sua 108ª sessão, continha uma lista de nove grupos vulneráveis referidos na R206, mencionando a necessidade de se garantir que as medidas para prevenir a violência e o assédio não provocassem restrições na participação no emprego. Embora, por um lado, fosse importante reconhecer que as vulnerabilidades existentes poderiam supor um maior risco para determinadas pessoas, por outro lado, não se alcançou um consenso sobre quais grupos deveriam ser incluídos, devido às diferenças nacionais quanto ao reconhecimento de cada um deles e de suas eventuais vulnerabilidades. Submetida a matéria à votação, decidiu-se pela não inclusão da lista. Em contrapartida, a R206 previu que os grupos mencionados no Artigo 6 da C190 deveriam ser interpretados em conformidade com as normas internacionais do trabalho aplicáveis e os instrumentos internacionais sobre direitos humanos (ILO, 2019b).

Ainda assim, a Recomendação nº 206 dispôs sobre a necessidade de se considerar medidas de proteção a, especificamente, dois grupos de trabalhadores: os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres; e, com o objetivo de facilitar a sua transição para a economia formal, os trabalhadores informais.

A expressão presente no Art. 3 da C190, “[...] que ocorrem durante o trabalho, relacionados com o trabalho ou em resultado do trabalho” (ILO, 2019a), introduz um elemento de flexibilidade e amplitude, subjacente à lista de lugares e circunstâncias protegidos contra a violência e o assédio.

Os espaços públicos e privados são abarcados na medida em que constituem um local de trabalho. Isto permite abranger todas as pessoas que trabalham para além dos espaços físicos circunscritos, como é o caso dos vendedores ambulantes, bem como a polícia de trânsito, os trabalhadores do setor dos transportes e de entrega de mercadorias, entre outros. Também permite proteger as pessoas que trabalham em espaços de propriedades privadas, como é o caso dos trabalhadores domésticos.

Estão igualmente cobertos os espaços dentro do ambiente laboral e os locais não relacionados diretamente ao desempenho do trabalho, como é o caso das salas de repouso e instalações sanitárias, e os alojamentos disponibilizados pelos empregadores. Os eventos, as viagens, a formação e as atividades sociais relacionadas ao trabalho são igualmente abrangidas pela proteção contra a violência e o assédio.

Os trajetos entre o domicílio e o trabalho estão também protegidos contra a violência e o assédio, considerando-se ser o trajeto inerente ao (deslocamento ao) trabalho.

Por último, consciente da natureza evolutiva do mundo do trabalho e dos seus processos, também a proteção contra a violência e o assédio também alcança o ambiente virtual, prestando particular atenção à comunicação possibilitada pelas tecnologias da informação e comunicação (TICs). Esta abrangência protetiva permite considerar comportamentos e práticas inaceitáveis, não necessariamente realizada presencialmente, mas mediante comunicações, por exemplo, por correio eletrônico, mensagens de texto, entre outros meios digitais. Considera-se o ciberassédio, à guisa de exemplo, um fenômeno relativamente recente e inexplorado, apesar do uso generalizado das TICs nos contextos atuais de trabalho.

Assim sendo, o texto da C190 da OIT conseguiu cumprir com uma das principais recomendações postas pela Reunião de Peritos de 2016, no tocante à adoção de um âmbito de aplicação amplo, para além de uma compreensão restrita de "local de trabalho", com vistas a um conceito mais abrangente de "mundo do trabalho".

A C190 estabelece ainda uma relação entre a violência e o assédio no mundo do trabalho e a violência doméstica, ao reconhecer que: (1) a violência doméstica repercute no mundo do trabalho, afetando o emprego, a produtividade e a saúde e segurança no trabalho; e (2) o mundo do trabalho (ou seja, os seus representantes tripartidos bem como as instituições do mercado de trabalho) tem um papel a desempenhar para mitigar tal impacto (ILO, 2019a).

Tal entendimento confirma a premissa de que os principais contextos integrados pelos trabalhadores são essencialmente inter-relacionados, influenciando-se direta ou indiretamente, bem como influenciando e sendo influenciado pelo trabalhador (Almeida, 2013). Significa, portanto, dizer que um contexto ambiental jamais é neutro e hermético, posto ser influenciado tanto pelo trabalhador como pelos outros contextos correlatos por ele integrados, como, por exemplo, o contexto doméstico. Desta feita, um trabalhador adoecido pelo trabalho, também o será no contexto doméstico; um trabalhador violentado ou assediado no trabalho, também o será no contexto doméstico. Isto porque o trabalhador é um só, e o mundo por ele integrado, também.

Assim, a ideia geral subjacente à violência doméstica na C190 e na R206 é a de que, embora tenha origem no lar, tal violação pode se estender ao mundo do trabalho. Isto ocorre, por exemplo, quando os agressores seguem as vítimas até seus locais de trabalho, quando utilizam formas de comunicação relacionadas com o trabalho para intimidação, assédio ou controle, ou quando as impedem de trabalhar. A violência doméstica também pode se estender ao mundo do trabalho pelo estresse e pelo trauma provocados, influenciando diretamente na saúde dos trabalhadores e, por corolário, afetando a capacidade de trabalho da vítima e até mesmo do agressor.

CONCLUSÃO

Dedicou-se o presente estudo à análise do processo de elaboração e aprovação da C190 da OIT, por meio dos relatórios publicados pela OIT. Juntamente com a R206, constituem, pela primeira vez, um entendimento global comum acerca dos comportamentos traduzidos em violência e assédio no mundo do trabalho, apontando um quadro de ações para prevenir e abordar o fenômeno de forma eficaz e eficiente.

Quanto ao processo de elaboração e aprovação analisado, em 2016 a Reunião de Peritos estipulou a necessidade de abordar a

matéria em caráter de urgência, culminando na elaboração do Relatório Branco, visando facilitar o debate normativo sobre a violência e o assédio no trabalho, mediante a reunião de informações sobre a legislação acerca do tema ao redor do mundo e o envio de questionário aos Estados-membros para expressarem suas opiniões.

Por conseguinte, em 2018, na 107ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, decidiu-se pela inclusão do tópico na sessão ordinária subsequente, com o objetivo de adoção de novos instrumentos normativos, levando a OIT a apresentar o Relatório Marrom, ou seja, um esboço para o texto da convenção e da recomendação, encaminhado aos governos e convidados para emendas e comentários.

Tal engenho resultou no Relatório Azul, publicado em dois volumes: o primeiro contendo os pontos essenciais das respostas recebidas dos governos e das organizações de empregadores e trabalhadores; o segundo contendo a atualização dos textos propostos para a convenção e a recomendação, à luz das respostas recebidas.

E, finalmente, em junho de 2019, na 108ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, foi adotada a Convenção nº 190, acompanhada da Recomendação nº 206.

Exaustivos foram os trabalhos para se apurar a definição combinada de violência e assédio, concluindo-se que, embora a C190 confira aos governos liberdade na adoção de uma definição nas legislações e regulamentos nacionais, impõe a obrigatoriedade de observância do previsto em seu texto.

No mesmo sentido, desmedidos esforços foram engendrados para se compreender a amplitude de aplicação da C190 da OIT, incluindo o debate sobre os legítimos destinatários da proteção e os lugares e as circunstâncias protegidos contra a violência e o assédio. Como resultado, o texto da C190 da OIT conseguiu cumprir com uma das principais recomendações postas pela Reunião de Peritos de 2016, no tocante à adoção de um âmbito de aplicação amplo, para além de uma compreensão restrita de “local de trabalho”; e ampliou

o rol de destinatários da proteção, encampando não apenas trabalhadores, mas também outras pessoas do mundo do trabalho (por exemplo, estagiários, aprendizes, trabalhadores despedidos, voluntários e pessoas em busca de emprego).

Dessa forma, diante da inexistência de legislação trabalhista brasileira que defina os principais contornos de violência e assédio no mundo do trabalho, a ratificação da Convenção nº 190 da OIT pelo Brasil – iniciada em 8 de março de 2023 com o envio da Mensagem 86/2023 ao Congresso pelo Presidente da República, com o texto da C190 da OIT – é essencial para eliminar a divergência dos posicionamentos encontrados na doutrina e na jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, V. H. **Consumo e trabalho**: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador. Orientador: Otavio Pinto e Silva. 2013. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Background paper for discussion at the Meeting of Experts on violence against women and men in the world of work**. Geneva: ILO, 2016a.

Disponível em: https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_522932/lang--en/index.htm.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **C190 - Violence and Harassment Convention**. Geneva: ILO, 2019a.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Final Report**: Meeting of Experts on Violence against Women and Men in the World of Work. Geneva: ILO, 2016b. Disponível em: https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_546303/lang--en/index.htm.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **R206 - Violence and Harassment Recommendation**. Geneva: ILO, 2019b.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Report V (1), International Labour Conference, 107th Session**. Geneva: ILO, 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_553577/lang--en/index.htm.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Report V (1), International Labour Conference, 108th Session**. Geneva: ILO, 2019c. Disponível em: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/reports/reports-to-the-conference/WCMS_637108/lang--en/index.htm.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Report V (2), International Labour Conference, 107th Session**. Geneva: ILO, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessinos/107/reports/reports-to-the-conferen-ce/WCMS_619730/lang--en/index.htm.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Report V (2A), International Labour Conference, 108th Session.** Geneva: ILO, 2019d. Disponível em: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/reports/reports-to-the-conference/WCMS_675567/lang--en/index.htm.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Report V (2B), International Labour Conference, 108th Session.** Geneva: ILO, 2019e. Disponível em: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/reports/reports-to-the-conference/WCMS_673728/lang--en/index.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e Declaração de Filadélfia.** Geneva: OIT, 1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Violência e assédio no mundo do trabalho:** um guia sobre a Convenção nº 190 e a Recomendação nº 206. Geneva: OIT, 2021.

TRISTÃO, A. C. **Caracterização do assédio sexual ambiental contra as mulheres nas relações de trabalho sob a perspectiva da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e da 15ª Regiões.** 2020. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2020.

LABOUR STANDARDS E NORMAS SOBRE DURAÇÃO DO TRABALHO: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DA CONVENÇÃO Nº 155 DA OIT

LABOUR STANDARDS AND WORKING HOURS: A CASE STUDY BASED ON ILO CONVENTION NO. 155

Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto*

INTRODUÇÃO

A garantia de direitos trabalhistas não evoluiu linearmente, havendo ciclos de ampliação de direitos e ciclos de flexibilização. Sobretudo, em momentos de crise econômica, há uma tendência em diminuir direitos (por meio de contratos de trabalho mais flexíveis, propostas de prorrogação da jornada, redução salarial etc.), em prol de uma suposta superação da crise. Foi em meio a um desses ciclos de flexibilização que a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) foi aprovada.

Dentre diversas alterações, a Reforma Trabalhista introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os Artigos 611-A (que dispõe sobre a prevalência dos acordos e convenções coletivas de

* Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutora e Mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Professora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pesquisadora Sênior do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV.

trabalho sobre o estabelecido em lei), e 611-B (que estabelece limites à negociação coletiva).

A leitura conjunta desses dois dispositivos permite identificar que foi autorizada a negociação das normas atinentes à jornada de trabalho e aos intervalos para descanso, com destaque para a observação feita no parágrafo único do Art. 611-B, segundo o qual “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”. Nesse sentido, ao desconsiderar que normas sobre tempos de trabalho e de descanso impactam a saúde e segurança dos trabalhadores, a Reforma Trabalhista ampliou substancialmente as possibilidades de flexibilização.

A história, contudo, demonstra justamente o inverso: desde a 1ª Revolução Industrial, as regras sobre limitação da jornada de trabalho e garantia de períodos de descanso são pleitos centrais dos trabalhadores e foram e são determinantes para a promoção da saúde e segurança no trabalho, bem como a melhoria das condições de vida dos trabalhadores.

Considerando esse cenário e partindo da premissa que a flexibilização das normas sobre duração do trabalho, tende a impactar a saúde e segurança dos trabalhadores (SST), este estudo tem como objetivo analisar se os *labour standards* preconizados pela Organização Internacional do Trabalho servem efetivamente de freio normativo frente à flexibilização do direito do trabalho.

Valendo-se do método indutivo (Marconi; Lakatos, 2003, p. 86), realizou-se um estudo de caso a partir da aplicação da Convenção nº 155 (C155) da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – principal marco normativo no âmbito da Organização que disciplina questões ligadas à SST de forma mais abrangente e com condão preventivo (Hilgert, 2012; ITCILO, 2018; Padilha; Di Pietro, 2017) – pela Justiça do Trabalho no Brasil, a fim de averiguar se tal instrumento é utilizado como freio normativo frente à flexibilização das normas sobre duração do trabalho. Para tanto, conforme melhor detalhado ao longo deste texto, valeu-se de base de dados

construída pela autora em pesquisa de doutorado¹ com os acórdãos que mencionam a C155 da OIT, proferidos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho.

A fim de apresentar os resultados obtidos, este texto foi organizado em três grandes partes: análise dos *labour standards* e sua relação com a proteção da saúde e segurança no trabalho; análise das normas sobre duração do trabalho como normas de saúde e segurança; estudo de caso sobre a aplicação da C155 pela jurisprudência brasileira.

1. LABOUR STANDARDS E SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho não foi a primeira manifestação da regulação internacional das relações de trabalho, mas, sem dúvida, caracteriza-se como um marco para a consolidação internacional do direito do trabalho e da proteção do trabalhador.

Criada em 1919, após o final da Primeira Guerra Mundial, durante a Conferência de Paz, a OIT foi arquitetada pela Comissão de Legislação Internacional do Trabalho, comissão designada para realizar um esboço da regulamentação internacional do trabalho, bem como para sugerir o formato de uma organização internacional para tal fim. As questões relacionadas ao trabalho, entravam, assim, na pauta da agenda internacional.

Conforme o preâmbulo da Parte XIII do Tratado de Versalhes, a OIT, de composição tripartite, deveria estar atenta ao objetivo maior de estabelecer a paz universal. Esse preâmbulo, sutilmente modificado, também serve de texto para o preâmbulo da Constituição da OIT que persiste até os dias atuais (estabelecida originalmente em 1919, a Constituição da OIT foi remodelada posteriormente, tendo

¹ A base de acórdãos aqui utilizada foi construída previamente na tese de doutorado da autora, em que se buscou compreender, a partir das atividades jurisdicionais da Justiça do Trabalho, se e, em caso afirmativo, como a proteção da saúde e segurança do trabalhador no Brasil é influenciada pelo direito internacional, mais especialmente, pela Convenção nº 155 da OIT.

como alterações mais importantes aquelas introduzidas pela Declaração de Filadélfia, em 1944) e, segundo Valticos (1970, p. 51), contém a essência da tripla justificação para a existência de uma legislação internacional sobre o trabalho: política (buscando assegurar bases para a paz universal), humanitária (com vistas a promover melhores condições de trabalho e afastar a miséria), e econômica (prevendo mecanismos para evitar a concorrência internacional – e desleal – em função do rebaixamento das condições de trabalho, atualmente denominado *dumping social*).

Para atingir tais objetivos, a OIT tem como um de seus principais papéis a definição de *international labour standards*. A criação das normas internacionais do trabalho, tais como convenções da OIT, figurou como uma resposta jurídica a desafios mundiais já constatados desde a Primeira Revolução Industrial e crescentes no período posterior à Primeira Guerra Mundial, pontuados no preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho:

[...] considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio 'para igual trabalho, mesmo salário', à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas (OIT, 1997).

Assim, a OIT indica a necessidade de melhorar tais condições a partir da regulamentação da jornada de trabalho, garantia de períodos de descanso, regras para a contratação da mão-de-obra, estratégias contra o desemprego, garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, proteção das crianças e adolescentes,

promoção da igualdade, afirmação do princípio de liberdade sindical, promoção do ensino profissional e técnico.

A indiferença a tais questões, segundo a Constituição da OIT, não permite que se alcance a paz universal e a justiça social, bem como “cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios”.

O estabelecimento de “regras do jogo” para o atual mundo globalizado (OIT, 2019c), por meio dos *international labour standards*, foi e continua sendo fundamental para que o crescimento econômico seja acompanhado de desenvolvimento sustentável e justiça social. Segundo Somavía (2004), os standards são a história da OIT.

Enquanto instituição internacional que produziu o maior número de instrumentos vinculativos e não vinculativos no campo dos direitos humanos (Somavía, 2004), os *international labour standards* permanecem como papel prioritário da OIT e de seus trabalhos.

Quer sejam vistos como padrões mínimos de vida, pontos de referência ou indicadores de trabalho decente, ou mais recentemente como os blocos de construção de um piso socioeconômico para a economia global, quer sejam entregues na forma de lei dura ou branda, os standards resumem a ideia de princípios abertamente discutidos e acordados que refletem valores amplamente aceitos, que governos, empregadores e governos podem usar para estruturar sistemas de mercado de trabalho (Somavía, 2004, p. 251)².

Ao oferecer paradigmas, a OIT promove uma maior possibilidade de concretização da noção de justiça social que defende e se esforça para promover de forma consistente. Os padrões englobam componentes de dignidade humana e segurança que devem ser desfrutados por todos no mundo do trabalho. Eles

² Tradução livre do seguinte trecho original: “[...] Whether they are viewed as minimum living standards, benchmarks or decent work indicators, or more recently as the building blocks of a socio-economic floor for the global economy, whether they are delivered in the form of hard or soft law, standards epitomize the idea of openly discussed and agreed principles reflecting widely held values, which governments, employers and governments can use to structure labour market systems” (Somavía, 2004, p. 251).

oferecem o critério de justiça necessário para medir o progresso, mas também para revelar o atraso.

Nesse sentido, na Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho, a OIT (2019a, p. 6) reconheceu que “a experiência do último século confirmou que uma ação contínua e concertada dos governos e dos representantes dos empregadores e trabalhadores é essencial para a prossecução da justiça social e a promoção de uma paz universal duradoura” e que “graças a essa ação, foram realizados progressos históricos na criação de condições de trabalho verdadeiramente humanas”, mas que a pobreza, as desigualdades, as injustiças e os conflitos persistem em muitas partes do globo.

Assim, foram renovados os compromissos assumidos em 1919, reafirmou-se as demais declarações e reforçou-se que a “definição, promoção, ratificação das normas internacionais do trabalho e a fiscalização do seu cumprimento reveste-se de importância fundamental” (OIT, 2019a, p. 10). Grande parte dessa normativa refere-se, ainda que parcialmente, à proteção e promoção da saúde e segurança do trabalhador: 76,6% das convenções atualizadas e 82,14%, das recomendações atualizadas abordam o tema, seja de forma central, seja de forma específica em algum de seus artigos (Pasqualetto, 2020).

Embora não constem no rol dos *core labour rights* – direitos considerados fundamentais pela OIT, a saber: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; abolição efetiva do trabalho infantil; e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação – a saúde e a segurança do trabalhador são temas de central importância para o direito do trabalho.

Na 108ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT), em 2019, ano do centenário da OIT, no entanto, essa questão foi debatida. O relatório do Diretor Geral da OIT (2019b, p. 12) pontuou a importância do estabelecimento de uma garantia laboral universal, com o reconhecimento da saúde e segurança como um direito e princípio fundamental do trabalho. Ademais, em diversas passagens

dos registros provisórios da 108ª sessão da CIT (especialmente nos *Provisional Records* nº 5A e nº 6B), observa-se a discussão sobre a necessidade de inserir a saúde e segurança do trabalho no rol dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, inclusive considerando uma revisão da Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e qualificando as Convenções nº 155 e 187 como convenções fundamentais.

2. A DURAÇÃO DO TRABALHO COMO ELEMENTO LIGADO À SAÚDE E À SEGURANÇA NO TRABALHO – UM OLHAR HISTÓRICO-NORMATIVO

Ao longo do processo de industrialização e da consolidação do liberalismo, a sociedade vivenciou inúmeras transformações: êxodo rural e aumento da população urbana; advento de novas tecnologias em diversas áreas; fortalecimento industrial; aumento do comércio entre países; crescimento do mercado consumidor; mecanização da produção, com a progressiva substituição do trabalho humano por máquinas; barateamento da força de trabalho; multiplicação do trabalho infantil nas fábricas; empobrecimento da classe operária; degradação das condições laborais (Deane, 1979; Frader, 2006; Hobsbawn, 1962).

Neste período, fica evidente os dois lados de uma moeda chamada Revolução Industrial, conforme aponta Hobsbawn: trata-se de momento em que a humanidade atinge o seu mais completo desenvolvimento e, também a sua maior "*brutalidade*" (1962, p. 36). Interessa, neste texto, compreender tal brutalidade em relação às condições de trabalho e à saúde e à segurança do trabalhador. Vários são os relatos sobre o tema, com destaque para a obra de Villermé (1840), pois é baseada nos relatórios que o autor elaborou ao visitar pessoalmente algumas fábricas de algodão, lã e seda nos arredores de Paris.

Percebia-se que o ambiente de trabalho era marcado pela escuridão e umidade: "apesar dos inconvenientes que delas

decorrem para a saúde”³ (Villermé, 1840, p. 7), essas características eram definidas a fim de preservar a elasticidade e maleabilidade dos fios dos tecidos. Sentia-se, também, um calor excessivo dentro das fábricas, o que se somava à longa jornada de trabalho da grande maioria dos trabalhadores: cerca de 15 horas de trabalho, dos quais trinta minutos são destinados ao almoço e uma hora para o jantar.

Segundo o autor, “como resultado dessa jornada demasiadamente longa [...], à noite eles chegam em casa sobrecarregados pela necessidade de dormir, e que no dia seguinte eles saem antes de estarem completamente descansados, para estarem na oficina no momento da abertura”⁴ (Villermé, 1840, p. 27), quando não dormiam no próprio ambiente de trabalho.

A longa jornada de trabalho e a ausência de períodos para descanso tendiam a fadigar física e mentalmente os trabalhadores, tornando-os mais suscetíveis a se acidentar e adoecer. A este contexto, acrescenta-se a insalubridade, não só dos locais de trabalho, mas também no meio urbano e nas residências; as inúmeras doenças que acometiam os trabalhadores e os acidentes que sofriam (Villermé, 1840); a falta de conhecimento, educação e qualificação comum entre os trabalhadores (Buret, 1840).

Considerando tal contexto, presume-se que “na relação de trabalho, o trabalhador, ao contrário do empregador, não arrisca o patrimônio, arrisca a pele. E foi, desde logo, para salvar esta última que o direito do trabalho se constituiu” (Supiot, 2016, p. 92-93). A questão social descrita evidenciou, assim, a necessidade da regulamentação das relações de trabalho, especialmente aquelas em que o elemento da subordinação estava presente.

E, corroborando com a afirmação de Supiot, transcrita acima, entende-se que a razão primeira de existir do Direito do Trabalho se

³ Tradução livre do seguinte trecho original: “*malgré les inconvénients qui en résultent pour la santé*” (Villermé, 1840, p. 7).

⁴ Trecho original: “Ainsi, à la fatigue d'une journée déjà démesurément longue [...] Il en résulte que le soir ils arrivent chez eux accablés par le besoin de dormir, et que le lendemain ils en sortent avant d'être complètement reposés, pour se trouver dans l'atelier à l'heure de l'ouverture” (Villermé, 1840, p. 27).

deve às condições labor-ambientais – e todos os seus possíveis desdobramentos, tais como, jornada de trabalho extenuante, insalubridade, acidentes e doenças do trabalho etc. – em que os trabalhadores se encontravam.

Não se está afirmando que a preocupação com as condições de trabalho, saúde e segurança do trabalhador foi o único motivo pelo qual o Direito do Trabalho se desenvolveu e nem que tal preocupação se deu por motivos exclusivamente humanitários e benéficos, mas que tal temática teve influência central para a criação e consolidação da tutela jurídico-laboral.

Isso se confirma por inúmeros acontecimentos em que se citam, como reivindicação dos trabalhadores ou preocupação por parte dos próprios empregadores, do Estado e da Igreja Católica, questões relacionadas à saúde e segurança do trabalhador, sem olvidar que estas não se resumem a acidentes ou doenças relacionadas ao trabalho, envolvendo também jornada de trabalho e períodos de descanso, trabalho infantil, trabalho da mulher, dentre outros fatores que afetam o meio ambiente do trabalho. São exemplos a edição do 1802 *Health and Morals of Apprentices Act* inglês, que, para além de outras disposições, limitou a jornada de trabalho das crianças nas fábricas a 12 horas; as reivindicações, no primeiro congresso da Associação Internacional dos Trabalhadores (conhecida como Primeira Internacional), em 1866, para a adoção de medidas protetivas do trabalho, como limitação legal da jornada de trabalho com vistas a melhoria das condições de trabalho (Valticos, 1970), entre tantas outras passagens.

Observa-se, assim, que as normas sobre duração do trabalho – limitação da jornada e garantia de intervalos para descanso – fazem parte do arcabouço normativo de proteção e promoção da saúde e segurança no trabalho.

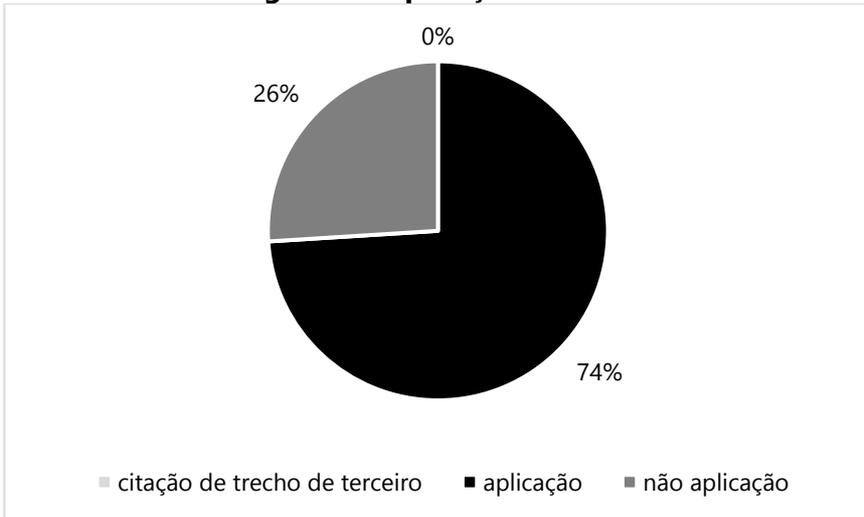
3. A CONVENÇÃO Nº 155 DA OIT NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – UM ESTUDO DE CASO

O estudo de caso sobre a aplicação da C155 pela Justiça do Trabalho e a sua relação com a duração do trabalho, conduzido neste capítulo, foi extraído da tese de Doutorado da autora, em que se buscou analisar de maneira mais ampla como a C155 é aplicada pela Justiça do Trabalho no Brasil. Na tese, foram analisados 5.554 acórdãos que mencionavam a C155 (proferidas entre 31/12/2004 e 31/12/2018⁵), sendo que 842 deles relacionam-se à duração do trabalho. Assim, considerando o recorte temático da presente pesquisa, servirão de objeto de análise as 842 decisões selecionadas.

Conforme representado no gráfico a seguir, esses 842 resultados compreendem: 620 decisões em que a C155 apareceu como parte de uma citação (citação de ementa, de trecho da doutrina etc.) feita pelo(a) magistrado(a), sem aplicá-la efetivamente; em 221 decisões a C155 foi aplicada como fundamento para não permitir a flexibilização da jornada; em uma decisão, o(a) magistrado(a) entendeu que a flexibilização da jornada de trabalho não viola a C155.

⁵ Limitou-se a pesquisa às decisões proferidas após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC 45/2004), pois esta EC determinou significativas mudanças no Poder Judiciário, especialmente na Justiça do Trabalho em razão da ampliação de sua competência. Assim, a EC 45/2004, considerada um divisor de águas para a jurisdição trabalhista, foi escolhida como marco temporal a partir do qual a pesquisa jurisprudencial foi desenvolvida porque estudar a Justiça do Trabalho antes da sua entrada em vigor significaria estudar uma realidade reduzida que não lhe pertence mais⁵. Por questões ligadas ao cronograma da pesquisa e do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o marco temporal final escolhido foi a data de 31 de dezembro de 2018.

Figura 1 – Aplicação da C155



Fonte: elaboração própria.

Ainda que quantitativamente haja uma pequena porcentagem de decisões que aplicaram a C155 para indicar a relação entre normas sobre duração do trabalho e a saúde e a segurança do trabalhador – 221 decisões de um total de 5.554 acórdãos analisados – entende-se necessário analisá-las qualitativamente para compreender qual foi a influência do *labour standard* analisado para o julgamento de casos sobre a flexibilização das normas sobre jornada de trabalho. Nesse sentido, observou-se duas formas de influência da C155 na proteção da saúde e segurança do trabalhador.

Observou-se que a Convenção nº155 da OIT influencia a proteção da saúde e segurança do trabalhador ao ser utilizada com a finalidade de conectar ideias e fundamentos nas decisões, categoria de influência denominada como conectiva, em que o(a) magistrado(a) analisa a possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho (seja por meio do banco de horas, prestação de serviço extraordinário, prorrogação de jornada em ambientes insalubres etc.), considerando que o excesso de horas trabalhadas em determinado dia (e a ausência ou diminuição dos períodos de descanso) aumenta os riscos labor-ambientais, construindo o

fundamento de que as normas relacionadas à jornada de trabalho têm relação direta com a saúde e segurança no trabalho.

Nessas decisões, a C155 foi utilizada para evidenciar que a limitação da jornada de trabalho é uma das maneiras de reduzir os riscos aos trabalhadores, o que se ilustra no trecho abaixo, extraído de decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Processo nº 0000455-93.2014.5.03.0024),

EMENTA: ART. 62 DA CLT. EXCLUSÃO DOS EMPREGADOS INSERIDOS NAS EXCEÇÕES DOS INCISOS I E II DO CAPÍTULO DA DURAÇÃO DO TRABALHO. INCLUSÃO DESSES TRABALHADORES NA PROTEÇÃO DO ART. 7º, XIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE TODO TRABALHADOR BRASILEIRO. INCLUÍDOS OS GERENTES E OS EXTERNOS. À DURAÇÃO DO TRABALHO NORMAL NÃO SUPERIOR A OITO HORAS DIÁRIAS E QUARENTA E QUATRO SEMANAIS, FACULTADA A COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS E A REDUÇÃO DA JORNADA, MEDIANTE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. AUSPÍCIOS DO ART. 7º, XXII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: XXII. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES AO TRABALHO, POR MEIO DE NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA E DA CONVENÇÃO 155 DA OIT. DURAÇÃO DO TRABALHO COMO POLÍTICA DE PREVENÇÃO DE DANOS À SAÚDE DO TRABALHADOR, EM PREFERÊNCIA À MERA REPARAÇÃO DO PREJUÍZO CAUSADO. EFICÁCIA HORIZONTAL OU PRIVADA E MÁXIMA EFETIVIDADE POSSÍVEL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. É bem verdade que o Art. 62 da CLT exclui do capítulo da duração do trabalho os empregados inseridos nas exceções dos incisos I (exercentes de atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho) e II (gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, inclusive diretores e chefes de departamento ou filial). Todavia, o Art. 7º, XIII, da Constituição Federal institui o direito fundamental do trabalhador brasileiro - aí incluídos os gerentes e os externos - a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Se os gerentes e os externos estão excluídos da proteção da duração do trabalho, instituída pela CLT, estão incluídos na proteção da duração do trabalho mais abrangente e hierarquicamente superior, introduzida pela Constituição Federal, constituindo imperativo que se impõe atualmente a todos os trabalhadores. No contexto contemporâneo de intensificação de trabalho e de concentração de tarefas e onde explode o absentismo ao trabalho por motivos ligados à saúde, inclusive os transtornos de ordem mental, a limitação da jornada é um importante instrumento de que dispõe o Direito do Trabalho, inclusive em suas esferas Constitucional e Internacional,

para prevenir danos à saúde do trabalhador, concedendo-lhe tempo de repor as energias gastas durante toda a jornada, de modo a executar suas tarefas com segurança e bem-estar. A extensão da duração do trabalho a todos os trabalhadores parece ser, portanto, a solução que melhor atende aos valores positivados no Direito Internacional do Trabalho e nas normas-princípio da Constituição ligadas à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (Art. 7º, XIII), à vedação do retrocesso social (Art. 7º, caput), à proteção à saúde do trabalhador (Art. 7º, XXII) e à dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III).

[...]

A prevenção dos riscos à saúde, como medida preferível à reparação dos prejuízos a ela causados, está em consonância com os postulados do Direito Internacional do Trabalho na matéria. A propósito, a Convenção 155 da OIT sobre saúde e segurança dos trabalhadores, ratificada pelo Brasil, estabelece a obrigação dos países membros de implementar política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho. Tem ela como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.

Tal teor conectivo ganhou ainda mais importância com o advento da Reforma Trabalhista, já que a Lei nº13.467/2017 inseriu o Art. 611-B6 na CLT, cujo parágrafo único dispõe que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste Artigo”. Como abordado anteriormente, trata-se justamente do inverso: normas sobre limitação da jornada e garantia de intervalos para descanso impactam diretamente a saúde e segurança do trabalho. Acredita-se que tal influência conectiva terá ainda mais relevância para os futuros casos que serão analisados pelo Poder Judiciário envolvendo (novas) relações de trabalho regidas pela Lei nº 13.467/2017.

⁶ Os Artigos 611-A e 611-B foram inseridos na CLT pela Reforma Trabalhista e dispõem sobre a negociação coletiva, indicando que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a Lei (611-A) e que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos direitos enumerados no Art. 611-B.

Ademais, observou-se também que a C155 da OIT influencia a proteção da saúde e segurança do trabalhador ao ser utilizada com a finalidade de estabelecer um patamar mínimo de direitos, abaixo do qual não se pode negociar, funcionando como verdadeiro *labour standard*, isto é, um padrão mínimo que não deve ser diminuído. Assim, identificou-se a categoria de influência estandardizada, em que a C155 auxilia na manutenção de um padrão de direitos, abaixo do qual não se deve permitir negociação ou flexibilização, constituindo uma "*garantia contra a supressão de direitos humanos*" (Borges, 2017, p. 183).

O excerto transcrito abaixo, extraído de decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Processo nº 0000235-24.2014.5.03.0080), evidencia a utilização da C155 como fundamento complementar para não permitir a prestação frequente de horas extraordinárias e determinar que o empregador se abstenha de exigir a prorrogação habitual e permanente da jornada de trabalho, sob pena de multa:

JORNADA DE TRABALHO. PRORROGAÇÃO HABITUAL E PERMANENTE. ARTIGO 59 DA CLT. A prorrogação de jornada aludida no Art. 59, caput, consolidado não pode ser habitual e permanente, sob pena de ofensa ao Art. 7º da Constituição, cujo inciso XIII, resguarda o direito fundamental do trabalhador à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. A limitação imposta pelo legislador constituinte constitui instrumento que resguarda a saúde mental e física do trabalhador, concedendo-lhe o tempo necessário para repor a energia gasta no curso da jornada, providência que garante a execução das tarefas de forma segura, além de também assegurar o bem-estar do empregado. As restrições ao prolongamento da jornada refletem, inclusive, a incidência de outro direito fundamental que também é protegido pelo referido Art. 7º, no inciso XXII, alusivo à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Não se admite, portanto, que a empresa exija dos empregados a prorrogação do horário de trabalho de forma permanente, mesmo quando respeitado o limite de duas horas diárias aludido no já referido artigo 59 da CLT. A saúde não pode ser objeto de transação. Logo, o pagamento de valores pela prorrogação constante da jornada de trabalho além de não se mostrar razoável, não compensa o desgaste físico e mental provocado no trabalhador. Vista sob este

prisma, a limitação da jornada configura medida mais efetiva para prevenção de doenças e acidentes do trabalho, preservando a dignidade da pessoa humana além de contribuir para o avanço e aprimoramento das relações de trabalho. Prevenir os riscos à saúde traduz conduta muito mais eficaz que a reparação dos danos causados pelo excesso de trabalho.

[...]

O entendimento aqui adotado está em consonância com a Convenção 155 da OIT sobre saúde e segurança dos trabalhadores, a qual atribui aos países membros a obrigação de implementar política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, bem como meio-ambiente de trabalho. O fim visado por essa norma é reduzir os riscos advindos do trabalho, dentro do que for razoável e possível. Nesse contexto, a prorrogação permanente aliada ao risco advindo da própria natureza da atividade potencializa os perigos de acidente e doença ocupacional.

Embora tenha-se constatado que a C155 é mencionada em um pequeno número de acórdãos (0,04% do número de processos julgados ao longo do recorte temporal adotado), as decisões encontradas são relevantes na medida em que têm o potencial de frear a flexibilização de normas sobre duração do trabalho, tornam-se referência acerca da aplicação da Convenção nº 155 da OIT e podem influenciar futuras decisões, além de constituir uma quantidade (em número absolutos) expressiva, pois a leitura do referencial teórico sugeriu que seria encontrado um número ainda menor de resultados.

CONCLUSÃO

Este capítulo buscou analisar, a partir de um estudo de caso, se a aplicação da Convenção nº 155 da OIT, pela Justiça do Trabalho no Brasil, funcionaria como um freio normativo frente à flexibilização das normas sobre duração do trabalho.

Verificou-se que em 221 decisões a C155 figurou como elemento normativo de conexão que evidencia a relação direta entre flexibilização da duração da jornada e impacto na saúde e segurança do trabalhador, o que impede a prorrogação da jornada de trabalho (sobretudo, em atividades insalubres), servindo como instrumento

de manutenção de um padrão de direitos, abaixo do qual não se deve permitir negociação ou flexibilização.

Nesse sentido, especialmente em momentos de crise econômica, entende-se que a aplicação da Convenção nº 155 – e, em larga medida, das normas internacionais – formaria o alicerce jurídico para frear eventuais retrocessos e, ao menos, manter (quanto melhor, superar) os padrões preconizados internacionalmente de maneira tripartite.

REFERÊNCIAS

- BORGES, D. D. **A aplicação e a interpretação das convenções internacionais em matéria de saúde e de trabalho na ordem jurídica brasileira**: contribuição ao estudo do impacto do direito internacional sobre as políticas sociais brasileiras. 2017. 275 f. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- BURET, E. **De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France**. Paris: Chez Paulin, 1840. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86221499/f8.image>.
- DEANE, P. **The first industrial revolution**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- FRADER, L. L. **The industrial revolution**: a history in documents. New York: Oxford University Press, 2006.
- HILGERT, J. The future of workplace health and safety as a fundamental human right. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, v. 34, p. 715, 2012.
- HOBSBAWN, E. J. **A era das revoluções**: 1789 – 1848. São Paulo: Paz e Terra, 1962.
- INTERNATIONAL TRAINING CENTRE OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **International Labour Law and Domestic Law**: a training manual for judges, lawyers and legal educators: occupational safety and health. Turin: ITCILO, 2018.
- MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. 5 ed. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2003.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e Declaração de Filadélfia**. Genebra: OIT, 1997. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang-pt/index.htm.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho. Genebra: OIT, 2019a.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalhar para um Futuro Melhor**: Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho. Genebra: OIT, 2019b.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Las reglas del juego**: una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT, 2019c.

PADILHA, N. S.; DI PIETRO, J. H. O. A contribuição da OIT na construção da tutela internacional do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 529-560, 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1862>.

PASQUALETO, O. de Q. F. **A influência do direito internacional na proteção da saúde e segurança do trabalhador**: uma análise jurisprudencial sobre a aplicação da Convenção nº 155 da OIT pela Justiça do Trabalho no Brasil. 2020. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

SOMAVÍA, J. Preface. In: JAVILLIER, J-C.; GERNIGON, B.; POLITAKIS, G. P. (ed.). **Les normes internationales du travail**: un patrimoine pour l'avenir: mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Genève: BIT, 2004.

SUPIOT, A. **Crítica do direito do trabalho**. Trad. António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

VALTICOS, N. **Traité de Droit du Travail**: droit international du travail. Paris: Librairie Dalloz, 1970.

VILLERMÉ, L-R. **Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie**. Paris: Jules Renouard *et cie*, 1840. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6503b.pdf>.

A “JURISPRUDÊNCIA DE *SOFT LAW*” DOS ÓRGÃOS DE SUPERVISÃO DA OIT¹

THE ILO SUPERVISORY BODIES’ “SOFT LAW JURISPRUDENCE”

Claire La Hovary*

INTRODUÇÃO

A sessão de junho de 2012 da Conferência Internacional do Trabalho (CIT), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), presenciou momentos dramáticos quando o grupo dos Empregadores desafiou a interpretação do Comitê de Peritos sobre a Aplicação das Convenções e das Recomendações (CEACR), que atestou o direito de greve como inerente à Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção ao Direito Sindical (Convenção nº 87) de 1948.² Em particular, os Empregadores interromperam o fluxo usual dos procedimentos da CIT, que reúne regularmente representantes de governos, dos trabalhadores e dos empregadores

¹ Artigo originalmente publicado por Claire La Hovary, em 2015, na obra *Research Handbook on Transnational Labour Law* de Adelle Blackett e Anne Trebilcock, sob o título “*The ILO supervisory bodies’ ‘soft law jurisprudence’*”. Trabalho apresentado no evento *Labour Law Research Network Conference* em junho de 2013. Artigo traduzido por Maria Luiza Rocha Silva.

* Especialista Sênior em Normas Internacionais do Trabalho no *Bureau for Workers’ Activities* (ACTRAV) da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

² Essa crise foi examinada sob diversas perspectivas, por exemplo: Bellace (2014), Ewing (2013), La Hovary (2013), Maupain (2014), Novitz (2012). Ver também Bellace (2015).

para discutir questões trabalhistas desde a fundação da OIT, em 1919.³

Os empregadores estavam desenvolvendo seus argumentos contra a interpretação do CEACR e o conteúdo do direito de greve há algum tempo – precisamente desde 1989, quando a aliança entre trabalhadores e empregadores na OIT colapsou como o Muro de Berlim – e seus argumentos levantam questões de longa data concernentes às interpretações na OIT, à competência de interpretação das convenções na OIT, bem como à questão da natureza jurídica dos comentários dos órgãos de supervisão. Contudo, é inquestionável, a partir dos eventos de junho de 2012, que os Empregadores alavancaram suas táticas de negociação, sem serem provocados, ao paralisar o trabalho da CIT, forçando, dessa forma, uma mudança para responder à “crise”.

Diversas explicações podem ser apresentadas para esclarecer por que os Empregadores mudaram sua tática. Uma das mais importantes é claramente o fato de que o trabalho do CEACR tem influência fora da OIT. De fato, os empregadores indicaram que “o problema central era que as observações [do CEACR] estavam sendo vistas pelo mundo exterior como uma forma de jurisprudência de *soft law* trabalhista” (ILO, 2012, tradução nossa). Ademais, com a consolidação do conceito de princípios e direitos fundamentais no trabalho, aumentaram as referências externas à OIT às oito convenções fundamentais que os alicerçam, e os empregadores temiam que a interpretação dada pelo CEACR a tais convenções não se limitaria a relações no interior da OIT (ILO, 2012). Em outras palavras, o que preocupava os empregadores era que essa “jurisprudência de *soft law*” tivesse impacto fora da OIT.

Esse capítulo explorará o que os Empregadores entendem por “jurisprudência de *soft law*” ao se referirem aos comentários do CEACR, já que essa terminologia não é usualmente empregada para descrever seu trabalho. Para tanto, primeiramente será examinada a

³ Ver ILO (2012). Não foram adotadas conclusões sobre casos que tratavam do direito de greve em 2014. Uma declaração conjunta que rompeu o impasse foi adotada pelos grupos de trabalhadores e empregadores em fevereiro de 2015.

interpretação no interior da OIT e como o CEACR tem tido, ao longo dos anos, a tarefa de interpretar as convenções. Em seguida, será examinada a influência que o trabalho do CEACR tem exercido, intencional e não-intencionalmente, antes de finalmente discutir a questão no contexto mais amplo dos efeitos legais de práticas de "*soft law*" no direito internacional.

1. INTERPRETAÇÃO NA OIT

A interpretação das convenções é uma questão de longa data na OIT, tendo sido levantada diversas vezes ao longo de sua história.⁴ O Art. 37 da Constituição da OIT oferece duas opções: recorrer à Corte Internacional de Justiça (CIJ) – anteriormente Corte Permanente de Justiça Internacional – e estabelecer um Tribunal para lidar com interpretações. A primeira não ocorre desde a década de 1930, e a segunda nunca foi colocada em prática⁵.

Outros meios de interpretação foram desenvolvidos na OIT no decorrer dos anos, seja em razão ou com a finalidade de não utilizar as possibilidades do Art. 37. Em especial, tanto o Escritório Internacional do Trabalho quanto o CEACR forneceram interpretações de convenções desde os primórdios da Organização. Tais interpretações não são, contudo, vinculantes, e é universalmente aceito que apenas o uso do Art. 37 pode fornecer interpretações oficiais.⁶ Não obstante, o fato de que o CEACR fornece interpretações, mesmo que não vinculantes, tem sido contestado. Esse tem sido o caso, particularmente, desde o fim da Guerra Fria, quando os Empregadores começaram a afirmar que o CEACR não

⁴ De fato, a questão tem sido levantada desde a origem da OIT (ILO, 1993).

⁵ Ver La Hovary (2013). A possibilidade de recorrer ao Art. 37 esteve novamente na agenda em 2014 (ILO, 2014c) (GB.320/LILS/4 e GB.322/INS/5), mas foi abandonada em fevereiro de 2015 (ILO, 2015) (GB.323/INS/5/Appendix II).

⁶ A respeito do trabalho do CEACR, ver, por exemplo, seus relatórios gerais de 1977 e de 1987 (ILO, 1977; 1987b). O CEACR sempre afirmou que "contanto que suas visões não sejam contrariadas pela [CIJ], devem ser consideradas válidas e geralmente reconhecidas" (ILO, 1990, tradução nossa). O CEACR esclareceu ainda mais seu papel de maneira inequívoca em seu relatório de 2014 (ILO, 2014b).

tinha mandato para fornecer interpretações (posição que, note-se, constituiu uma significativa mudança daquela anteriormente sustentada por eles a esse respeito).⁷

Geralmente, o papel do CEACR ao interpretar as convenções é considerado inerente às suas tarefas de supervisão da aplicação das Normas Internacionais de Trabalho (NIT), e de análise das práticas estatais.⁸ Ao realizá-las, o CEACR esclareceu o significado de instrumentos e especificou seu escopo, em alguns casos questionavelmente estendendo o que havia sido previsto quando da sua criação. A matéria em tela é o do direito de greve, mas esse também é o caso da Convenção nº 29 sobre o Trabalho Forçado, para a qual o CEACR especificou situações em que o trabalho extraordinário (ou seja, para além da jornada) poderia resultar em trabalho forçado; da Convenção nº 100 sobre a Igualdade de Remuneração, em relação à qual o CEACR esclareceu “o princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres para trabalho de igual valor”, que não é definido no texto adotado; ou da Convenção nº 111, sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), sobre a qual os peritos “estenderam” a proteção garantida por essa Convenção a casos de assédio sexual, por exemplo.

A interpretação é necessária especialmente nos casos de Normas Internacionais do Trabalho (NIT) em que o conteúdo é vago ou de formulação textual genérica. Essa flexibilidade – derivada de certas definições e terminologias utilizadas nas NIT, ou de provisões específicas para a sua implementação flexível⁹ – é onipresente.¹⁰

⁷ Ver, por exemplo, ILO (1978; 1986; 1987a).

⁸ Jenks (1963, p. 124), por exemplo, afirmou que “the identification of apparent discrepancies inevitably involves an element of interpretation of the requirements of the conventions and the reports of the [CEACR], supplemented by those of the Conference Committee, have come to be of high authority as a gloss upon the conventions elucidating the innumerable problems of interpretation presented by their practical application”.

⁹ Ver Politakis (2004).

¹⁰ Ver McMahon (1965, p. 39-40). Isso pode ser parcialmente explicado pelo fato de que não existem possibilidades de fazer reservas no momento da ratificação, como é o caso em outros contextos internacionais.

Expressões como “número substancial”, “nível socialmente aceitável”, “tanto quanto possível”, “razoavelmente praticável”, “adequado” ou “apropriado”, por exemplo, têm sido características frequentes das NIT desde que começaram a ser adotadas (Politakis, 2004, p. 463).¹¹ Semelhantemente, algumas convenções declaram que as medidas que elas contêm “podem ser aplicadas progressivamente”, sem definir o que isso pode significar. Embora instruções para interpretações devam ser fornecidas pelas comissões técnicas da CIT ao elaborar o instrumento, os termos frequentemente precisam ser refinados. Outras convenções são extremamente sucintas – é o caso da Convenção nº 87 – e precisam ser esclarecidas quando fatos e situações são considerados contrários a elas, para verificar a observância nacional das convenções ratificadas.

Note-se que o papel do CEACR em relação à interpretação é semelhante, a nível internacional, àquele associado aos órgãos de supervisão de Tratados de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).¹² A tarefa dessa última, em relação à conclusão de observações e Comentários Gerais ou Recomendações, é de supervisionar a observância dos Estados-membros às suas obrigações contratuais frequentemente bastante genéricas. Seus pronunciamentos não são vinculantes e não possuem o mandato explícito de fornecer interpretações¹³, mas ela o faz pois não consegue cumprir suas competências de outra forma. Esse também é, presumivelmente, o caso do CEACR da OIT.

Não obstante, o fato de que o CEACR realiza interpretações tem sido claramente percebido como um problema por alguns no interior da OIT. Em meio às várias críticas que os Empregadores levantaram em junho de 2012, sobre o CEACR, está precisamente o

¹¹ Ver também ILO (2011).

¹² Contudo, algumas observações têm sido feitas sobre o fato de que os comentários desse último órgão, por vezes, “vão muito além”, conforme Alfredsson (2005, p. 560) e Simma (2005, p. 583).

¹³ Ver, por exemplo, Alfredsson (2005, p. 560), Mechlem (2009, p. 908), Gerber, Kyriakakis e O'Byrne (2013).

fato de que seu trabalho é visto como “uma forma de jurisprudência de *soft law* de direito internacional do trabalho”, fundada nas interpretações de convenções, e que essa jurisprudência tem influência fora da OIT. A próxima seção considera, portanto, como o trabalho do CEACR é considerado uma forma de “jurisprudência”, e as objeções que têm sido feitas a isso.

2. A “JURISPRUDÊNCIA” DO CEACR

O grupo dos Empregadores teme que as observações do CEACR, inclusive aquelas sobre o direito de greve, sejam recebidas e promovidas como uma forma de jurisprudência de “*soft law*”, levantando questionamentos sobre o uso do termo “jurisprudência” em relação aos pronunciamentos do CEACR. Certamente, o uso do termo “jurisprudência” poderia ser percebido por juristas domésticos, especialmente em tradições de “*common law*”, como completamente equivocado. Conforme o próprio CEACR afirmou, suas avaliações “não prevalecem *erga omnes*” (ILO, 1991). Parcialmente por essa razão, em 2000, os empregadores explicitamente lembraram que “o Comitê de Peritos afirmou em diversas ocasiões [que] não detinha as funções de um órgão judiciário, e, portanto, seus comentários não poderiam ser considerados jurisprudência” (ILO, 2000).

No entanto, o CEACR também afirmou em seu relatório de 1977 que as normas de direito do trabalho que monitora são “normas internacionais, e a maneira pela qual sua interpretação é avaliada deve ser uniforme e não deve ser afetada por conceitos derivados de qualquer sistema social ou econômico em particular” (ILO, 1977, tradução nossa). Portanto, o CEACR construiu uma coleção impressionante de comentários uniformes ao longo dos anos. Isso também foi consolidado pela elaboração, desde os anos 1950, de *General Surveys*, que fornecem orientações claras e compiladas sobre o significado das provisões na prática.¹⁴ Ademais, mesmo que

¹⁴ Ver Valticos (1980, p. 732).

os comentários do CEACR não criem precedentes legais *per se*, ela frequentemente os repete de uma observação à outra; o uso de expressões como “a Comissão sempre adotou a visão de que [...]”, são bastante comuns em seu trabalho, por exemplo. Finalmente, é inegável que os pronunciamentos do CEACR tiveram considerável influência sobre outros órgãos de supervisão da OIT; certamente, a produção do CEACR e do Comitê de Liberdade Sindical são extremamente complementares, por exemplo.¹⁵

Consequentemente, referências abundantes são feitas em parte da literatura a “*case law*” ou “jurisprudência” dos órgãos de supervisão da OIT.¹⁶ A última palavra é, contudo, colocada, por vezes, entre aspas (Maupain, 2014), ou se menciona um “tipo de *case law*” ao descrever os pronunciamentos do CEACR no interior da OIT (Servais, 2011), atestando inquietação em torno do uso desse termo. Quando Valticos (1983, p. 135, tradução nossa) fala sobre a jurisprudência do CEACR, por exemplo, ele qualifica a expressão “no sentido amplo do termo”. Semelhantemente, Alston (2001, tradução nossa), que faz distinção entre seus usos em inglês e em francês, explica que o termo “jurisprudência” em direitos humanos “frequentemente engloba um conjunto muito mais amplo ou mais largo de fontes que podem ser razoavelmente levadas em consideração na análise legal”.

Qualquer discussão a respeito do uso do termo “*case law*” provavelmente se tornou menos relevante com a decisão da Corte Internacional de Justiça (ICJ, 2010) no caso Diallo, que menciona a “*case law*” (interpretativa) da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Quaisquer que sejam as razões para a escolha do termo “jurisprudência” para descrever o trabalho do CEACR, sugerem, no entanto, que o conjunto de pronunciamentos que ela realizou ao

¹⁵ Ver ILO (2002).

¹⁶ Ver, por exemplo, Alston (2005), Valticos e Von Potobsky (1995). Valticos (1980, p. 723) utiliza a expressão “*véritable jurisprudence*” (“verdadeira jurisprudência”). Note-se também que o termo “jurisprudência” é frequentemente utilizado em relação aos pronunciamentos dos órgãos de supervisão de tratados da ONU, vide Keller e Ulfstein (2012). Em francês, “*jurisprudence*” é mais próximo de “*case law*”.

longo dos anos é percebido como importante e coerente. Sem comentar sobre o uso do termo “jurisprudência”, o representante do Secretário-Geral da CIT comentou em 2012 que os princípios desenvolvidos pelo CEACR referentes ao direito de greve “eram apenas *soft law*” (ILO, 2012, tradução nossa). Isso sugere que, apesar de os pronunciamentos ou “jurisprudência” do CEACR não serem vinculantes, ainda assim possuem relevância, e seus efeitos podem ser analisados sob o prisma do “*soft law*”, conforme discutido pela próxima seção.

3. “SOFT LAW”: OBSERVAÇÕES GERAIS

De modo geral, o termo “*soft law*” não tem sido utilizado em referência ao trabalho do CEACR – seja pelo próprio CEACR, pelo Escritório Internacional do Trabalho, ou por juristas de direito internacional. O termo não tinha sido amplamente empregado até recentemente, em relação à “jurisprudência” de outros órgãos de supervisão de tratados nessa matéria.¹⁷ Ao invés disso, o termo é mais utilizado para descrever seja a forma de um instrumento negociado (uma resolução ou uma recomendação em vez de um tratado ou convenção vinculantes), ou o conteúdo de um instrumento negociado (obrigações gerais de um tratado).

O termo “*soft law*” originou considerável produção no direito internacional, área em que a expressão foi cunhada, nos anos 1970, para descrever desdobramentos em certas áreas em que as fontes tradicionais de direito eram consideradas inadequadas, ou que estavam se desenvolvendo especialmente por meio do que se chamaria de *soft law*. Para seus críticos – principalmente advindos da tradição positivista do direito internacional – a norma, por definição,

¹⁷ Ver, contudo, que Shelton (2003, tradução nossa) faz distinção entre *soft law* primária e secundária, sendo que a última inclui “recomendações e comentários gerais dos órgãos de supervisão de direitos humanos, a jurisprudência de cortes e comissões, decisões de relatores especiais e outros órgãos *ad hoc*, e as resoluções de órgãos políticos das organizações internacionais que aplicam as normas primárias”.

não poderia ser "*soft*": é norma ou não é norma.¹⁸ O mesmo pode obviamente ser dito sobre a jurisprudência – é jurisprudência ou não é, e não existe jurisprudência "*soft*". Isso depende, certamente, de qual definição de lei ou de jurisprudência se adota. Nesse sentido, contudo, *soft law* claramente "significa coisas diferentes para pessoas diferentes" (Handl *et al.*, 1988. p. 371, tradução nossa), e seu escopo e seu significado são controvertidos. Questões centrais consideradas pela literatura incluem se se considera apenas a "*softness*" (ou seja, a flexibilidade, a suavidade) da forma (*negotium*) ou do instrumento (*instrumentum*), ou de ambos; se engloba, de certa forma, todas as várias dimensões cobertas pela expressão (Baxter, 1980, p. 565; Chinkin, 1989, p. 850; 852); se seria apropriado justapor "*soft*" e "*law*", entre outras.

3.1 Os efeitos legais da "*soft law*"...

As diferentes visões sobre o que a *soft law* abrange e seus diversos desdobramentos teóricos refletem-se na existência de significativa discordância em direito internacional sobre o valor legal da "*soft law*". Alguns juristas internacionais defendem a posição de que ela é, de certa forma, vinculante, enquanto outros acreditam que não existem semiobrigações ou semidireitos, e que a "*soft law*" carrega apenas a obrigação moral de respeitá-la¹⁹. Contudo, a distinção entre vinculante e não-vinculante se tornou insuficiente para muitos, e alguns em particular a consideram muito simplista, inapropriada ou ambígua.²⁰

¹⁸ Ver, no particular, Weil (2008). Para um *exposé* da crítica dos positivistas, ver D'Aspremont (2008).

¹⁹ Ver, por exemplo, Klabbers (1996).

²⁰ Ver Baxter (1980, p. 561 e 564). Para Falk (1966, p. 784, tradução nossa): "uma linha indefinida [...] separa vinculante de não-vinculante". Ver também Zemanek (1997, p. 141, tradução nossa), para quem declarações ou resoluções "não podem ser explicadas pela dicotomia entre 'vinculante' e 'não vinculante', pois nenhum dos dois é seu propósito".

Certamente, é, por exemplo, muito simplista afirmar que um tratado é vinculante e uma resolução não é vinculante, dado que um tratado pode criar obrigações muito vagas, enquanto uma resolução pode ser bastante precisa e pode influenciar ações estatais. Analogamente, a própria "*soft law*" pode ter um conteúdo "*soft*" – vago, com obrigações indefinidas – ou pode conter obrigações "*hard*" (duras, fixas, inflexíveis). A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no trabalho de 1998 é um caso que recai na última hipótese, pois é um instrumento não-vinculante que se refere a obrigações constitucionais e convencionais fixas. As observações do CEACR sobre convenções ratificadas são parecidas. Portanto, o que seria, talvez, mais importante a se considerar nesse ponto, são os efeitos legais do conteúdo, ao invés da natureza vinculante da forma.

Quando a representante do Secretariado-Geral da CIT confirmou que os princípios relacionados ao direito de greve desenvolvidos pelo CEACR "eram apenas *soft law*", ela acrescentou que eles poderiam se tornar obrigatórios se o assunto fosse encaminhado à CIJ, em conformidade com o Art. 37.1 da Constituição da OIT. Porém, pode haver outros meios de tornar essa "*soft law*" vinculante, e mesmo não sendo vinculante, ela cumpre funções por si só, já que tais pronunciamentos não-vinculantes podem, apesar disso, ter efeitos legais.²¹ É isto que claramente preocupa os Empregadores.

Os efeitos legais da "*soft law*" em geral são bem conhecidos – de fato, até os efeitos notórios da "*soft law*" do *instrumentum* em direito internacional são menos controvertidos que a qualificação ou definição desse tipo de "*soft law*" como norma (D'Aspremont, 2008, p. 1082-1083).²² De uma perspectiva jurídica, a "*soft law*" pode ter diversos efeitos: pode, por exemplo, influenciar o desenvolvimento de uma "*hard law*" ao oferecer um trampolim em direção a uma

²¹ Conforme Abi-Saab (1993, p. 62-63, tradução nossa) afirma: "juridicidade não significa necessariamente vinculação, e relevância legal ou efeito legal não podem ser reduzidos a mero efeito vinculante".

²² Para um panorama sobre esses efeitos, ver também Chinkin e Boyle (2007).

norma fixa; pode desempenhar papel na formação de direito costumeiro; pode fornecer guias para interpretação em direito dos tratados ou comunitário; pode influenciar discussões ou negociações de "*hard law*", e pode, também, ser um fim em si mesma quando mais normas vinculantes ou obrigações mais precisas forem indesejadas.

Os possíveis efeitos legais dos pronunciamentos do CEACR – ou de órgãos semelhantes – também são sabidos. Alguns desses efeitos são propositais – como mudanças na legislação ou prática nacionais para cumprir uma convenção ratificada –, enquanto outros são acidentais – podem levar à mudança na legislação ou prática nacionais de um Estado que não ratificou a convenção; podem ser utilizadas em tribunais nacionais, regionais ou internacionais, ou podem informar códigos de conduta, por exemplo. De forma mais ampla, podem estimular o debate e o diálogo sociais, levando a mudanças legais; podem fornecer orientações; e podem prevenir violações, por exemplo.

Esses efeitos variam tremendamente de um tipo de "*soft law*" a outro. Geralmente, dois fatores influenciam o valor de uma "*soft law*": seu conteúdo e a forma de adoção.²³ Em relação a pronunciamentos de órgãos de supervisão de tratados em geral, é necessário observar diferentes fatores. De acordo com Alfredsson (2005, p. 560, tradução nossa), por exemplo, o peso legal dos pronunciamentos dos órgãos de tratados de direitos humanos da ONU deve ser avaliado "considerando[-se] a legalidade, qualidade substantiva, consistência, repetição e, eventualmente, aceitação estatal".

Desse ponto de vista, dois fatores em particular sempre influenciam o peso dos pronunciamentos do CEACR. Primeiramente, o fato de que as interpretações dadas pelo CEACR são consideradas

²³ Isso inclui, por exemplo, o assunto, o número de partes envolvidas, a redação, os procedimentos de implementação, as reservas, os votos favoráveis à adoção e os resultados. Como observa Abi-Saab (1971, p. 9, tradução nossa): "o grau de obrigatoriedade não depende tanto do instrumento quanto de seu conteúdo e do quadro institucional que cerca sua aplicação".

valiosas em razão de sua flexibilidade e da formulação geralmente vaga das convenções da OIT, e também porque a solução para questões interpretativas do Art. 37 nunca foi invocada. O segundo fator, que certamente influencia o peso dado aos comentários do CEACR, é sua independência, composição e perícia. Por ser composta por vinte peritos independentes, que não apenas são altamente qualificados,²⁴ mas também representativos da diversidade jurídica e socioeconômica dos Estados-membros da OIT, seus pronunciamentos sobre NIT são tomados com seriedade. Esses dois fatores, conjuntamente, fazem as referências ao trabalho do CEACR serem quase óbvias ao se indagar sobre a determinação do significado de uma convenção e sua aplicação prática, seja em relação a um país que ratificou a convenção em questão ou não. Seus pronunciamentos adquiriram uma “força moral considerável” (Valticos, 1983, p. 587, tradução nossa).

3.2 ...e suas mudanças ao longo do tempo

Tendo em vista o exposto, a aplicação, e, portanto, o impacto, da “*soft law*” – ou dos pronunciamentos do CEACR, se considerados “*soft law*” ou não – podem variar com o tempo. E essa pode ter sido, parcialmente, a origem dos eventos de junho de 2012. O que claramente teve impacto recentemente sobre o papel potencial do CEACR é o fato de que: (1) as referências a convenções da OIT fora da OIT são cada vez mais numerosas, em parte em razão da adoção da Declaração de 1998 (e, mais amplamente, do contexto que levou à sua adoção); e (2) tribunais domésticos são ditos mais interessados em direito internacional. A sobreposição dessas duas considerações

²⁴ Como lembra Maupain (2014, p. 120, tradução nossa), “entre suas bancadas estão juízes tanto da CIJ (inclusive seu presidente) e de cortes supremas nacionais (até mesmo o ‘*Chief Justice*’ da Suprema Corte dos Estados Unidos), os mais respeitados especialistas em direito internacional (incluindo Roberto Ago), e numerosos especialistas em direito do trabalho mundialmente renomados”.

é o fato de que outros órgãos internacionais ou regionais de adjudicação se referem às NIT e às interpretações do CEACR.²⁵

O primeiro fator é bem conhecido; em parte devido à atração das “normas fundamentais do trabalho”, e em razão da adoção da Declaração de 1998, cada vez mais atenção tem sido dada às convenções fundamentais e elas, assim como a Declaração, são mencionadas em cenários externos à OIT. Pela necessidade de interpretar as convenções fundamentais para que suas exigências sejam esclarecidas, as menções aos pronunciamentos do CEACR – ou, ao menos, à sua eventualidade – também aumentaram.

A Declaração da OIT de 1998 e/ou os princípios e direitos fundamentais no trabalho da OIT, em particular, têm sido citados em numerosas iniciativas, rígidas e flexíveis, oriundas de dentro e de fora da ONU, e de natureza multilateral, bilateral ou privada. Entre eles, há o Pacto Global da ONU, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, as Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais, a Norma Internacional ISO 26000 – Diretrizes sobre Responsabilidade Social da Organização Internacional de Normalização (ISO), acordos de bilaterais de livre-comércio, códigos de conduta e os acordos-marco internacionais (AMI), por exemplo (ILO, 2012).²⁶

Os problemas em potencial das interpretações que podem ser causados por essas menções não passaram despercebidos.²⁷ Durante a CIT de 2012 (ILO, 2012, tradução nossa), o grupo dos Empregadores apontou que “Membros questionam como deveriam respeitar [...] instrumentos que mencionam as convenções fundamentais”, e observaram que as convenções fundamentais, mencionadas nos AMIs, “são frequentemente indefinidas”. Subsequentemente, levantaram objeções ao fato de que as

²⁵ Outros fatores podem influenciar o peso atribuído aos comentários dos órgãos de supervisão. Mechlem (2009, p. 945) observa, em relação aos órgãos de supervisão de tratados de Direitos Humanos da ONU, que o seu peso tem sido negativamente afetado pela falta de coerência e rigor analítico, por exemplo.

²⁶ Ver também La Hovary (2009).

²⁷ Ver Alston (2005, p. 491 e 494) e La Hovary (2009, p. 133-135, 219-220, 287-288).

interpretações do CEACR poderiam ter efeitos fora do contexto da OIT, mas que o crescente número de menções à CEACR em relação a convenções fundamentais, embora não sejam obrigatórias, deve ser esperado, especialmente considerando que mesmo que o papel interpretativo do CEACR seja mínimo em relação a convenções técnicas, é muito mais importante em relações que lidam com trabalho forçado, liberdade sindical ou discriminação, como enfatizou Valticos (1983, p. 136)²⁸.

Quanto ao segundo ponto, muitos observaram que há uma crescente abertura em direção ao direito internacional. Sua presença na ordem jurídica doméstica está aumentando, bem como a afabilidade dos juízes domésticos em seu benefício, seja em caráter vinculante ou não (D'Aspremont, 2012).²⁹ Essa abertura foi notada em relação ao direito internacional do trabalho também. Beaudonnet (2006, p. 143-144, tradução nossa), por exemplo, aponta que

[...] um número crescente de constituições e códigos trabalhistas dá explicitamente ao direito internacional um papel importante no direito doméstico, seja reconhecendo que os tratados ratificados têm força supraléi ou atribuindo-lhes uma função interpretativa na aplicação do direito nacional.³⁰

Beaudonnet (2006, p. 15) admite que embora tanto o uso do direito internacional do trabalho por tribunais domésticos em geral, quanto o emprego dos comentários dos órgãos de supervisão da OIT que mencionam convenções da OIT em jurisdições domésticas não sejam homogêneos, há ainda assim, um certo número de casos

²⁸ O possível papel do CEACR diz respeito apenas à interpretação das *convenções fundamentais* e não se estende à formulação opaca da Declaração de 1998 ou aos "princípios" fundamentais aos quais ela se refere.

²⁹ Ver também os Princípios de Bangalore, especificamente o parágrafo 6.4 (UN, 2002). A Resolução nº 2006/23 do Conselho Econômico e Social, de 27 de julho de 2006, insistiu em sua importância (UN, 2006).

³⁰ Ver também Beaudonnet (2005).

que se referem aos comentários dos órgãos de supervisão e, em particular, à CEACR.³¹

Abertura semelhante prevalece também a nível regional. De fato, nota-se uma tendência ao recurso a materiais não-convencionais, relativamente à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por exemplo, o que foi explicado pelo fato de que ela “realça a legitimidade de decisões judiciais” (Mantouvalou, 2010, p. 445, tradução nossa)³², especialmente quando a CEDH não possui perícia específica em uma matéria técnica, que é o caso das questões trabalhistas.³³ A CEDH, certamente, utilizou normas da OIT e pronunciamentos do CEACR em duas decisões recentes e inovadoras³⁴ que trataram das negociações coletivas e do direito de greve, o que provavelmente teve importante influência na referida reação dos Empregadores na CIT de 2012.³⁵

Como observa Maupain (2014, p. 140, tradução nossa), no entanto, o que parece ter justificado a menção da CEDH aos

³¹ Embora não-exaustivo, e, portanto, não necessariamente indicativo de alguma tendência, a base de dados do Centro Internacional de Treinamentos da OIT registra referências recentes a NIT em decisões de cortes, incluindo o fato de que cerca de 24 decisões de tribunais nacionais recentemente mencionaram os comentários do CEACR.

³² Ver também Ebert e Oelz (2012).

³³ Sobre isso, ver também a fundamentação da CJ em relação ao uso da jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos: “embora a Corte não seja obrigada, de nenhuma forma, no exercício de suas funções judiciais, a modelar sua própria interpretação do Pacto [de direitos sociais e políticos] no sentido daquele da Comissão [de Direitos Humanos], [a Corte] acredita que deveria atribuir grande valor à interpretação adotada por esse órgão independente do que foi especificamente estabelecido para supervisionar a aplicação daquele tratado. O ponto aqui é alcançar a clareza e a consistência necessárias do direito internacional, bem como a segurança jurídica, a que tanto os indivíduos com direitos garantidos e os Estados obrigados a obedecer a obrigações do tratado têm direito” (ICJ, 2010, tradução nossa).

³⁴ Ver ECHR (2008), sobre o direito à negociação coletiva para servidores públicos, que menciona as “interpretações” do CEACR do Art. 6 da Convenção nº 98, considerando excluídos de seu escopo apenas os oficiais diretamente empregados na administração estatal. Ver também ECHR (2009) e Zimmer (2015).

³⁵ Assim como a possível adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos (Maupain, 2014, p. 126-127).

pronunciamentos do CEACR nesses casos em particular “tem menos relação com a autoridade legal oficial da comissão do que com a validade de sua fundamentação”. Ele continua explicando que no caso específico do direito de greve, a fundamentação da CEDH “parece indicar que não é tanto a autoridade do Comitê de Peritos que importa, mas sim a validade lógica da dedução de um liame inextricável entre a liberdade sindical e o direito de greve” (Maupain, 2014, p. 140, tradução nossa)³⁶. Conforme mencionado anteriormente, o efeito legal da “*soft law*” não depende tanto de sua forma, ou de sua natureza vinculante, mas sim de seu conteúdo.

CONCLUSÃO

As opiniões emitidas sobre o impacto do CEACR variam consideravelmente, desde aqueles que afirmam que “é possível discernir uma inquestionável evolução positiva na implementação das observações do Comitê de Peritos” (Gravel; Charbonneau-Jobin, 2003, p. 24, tradução nossa), desconsiderando o fato de que é sempre difícil estabelecer um efeito causal direto entre o trabalho do CEACR e mudanças práticas, a aqueles que, embora reconheçam a sofisticação do mecanismo de supervisão da OIT, afirmam que “não é muito eficiente” (Weiss, 2012, p. 10, tradução nossa)³⁷. O uso dos pronunciamentos do CEACR em sua função original – verificar a aplicação de convenções ratificadas no direito e na prática – certamente varia de uma situação nacional a outra. Paralelamente, seu papel não intencional, mas previsível dependerá do contexto e, a partir dele, evoluirá com o tempo. Esse impacto acidental, que claramente se tornou um ponto crítico, é, para o grupo dos

³⁶ Analogamente, Mechlem (2009, p. 909, tradução nossa) observou que por não serem os pronunciamentos dos órgãos de supervisão de tratados da ONU vinculantes, “[sua] força legal e de fato e [seu] impacto depende de quão convincente e persuasivamente [os pronunciamentos] são sustentados”.

³⁷ No que diz respeito aos órgãos de tratados de direitos humanos da ONU, ver também Alston (2005).

Empregadores, se os pronunciamentos do CEACR constituiriam "*soft law*" ou não.

Grande parte do debate atual concernente a essa questão é, em última instância, uma decorrência do que pode ser chamado de "globalização legal", e a conseqüente abertura de diversos órgãos judiciais ou parajudiciais a matérias diferentes, bem como a crescente acessibilidade e disseminação dessas matérias. Sob essas circunstâncias, as menções ao trabalho dos órgãos de supervisão da OIT estão fadadas a serem mais frequentes, especialmente por terem as NIT se integrado a outros instrumentos em ordenamentos jurídicos a nível internacional, regional e nacional. Os Empregadores afirmaram explicitamente que acreditam que "é vital que quando outras instituições internacionais utilizarem as convenções fundamentais, esse uso seja correto (ILO, 2012, tradução nossa). Ao mesmo tempo, porém, eles também deixaram claro que não acreditam que o trabalho do CEACR deva ser percebido como "*soft law jurisprudence*", e, especialmente, que "não [podem] concordar com a interpretação do direito de greve do Comitê de Peritos pelo risco de que seria mal utilizada" (ILO, 2012, tradução nossa). Isso levou os Empregadores a atacarem não apenas a interpretação do direito de greve, mas todo o sistema de supervisão da OIT.

Conforme demonstrado nesse capítulo, há razões lógicas para considerar o trabalho do CEACR como "*soft law jurisprudence*", ou suas conseqüências involuntárias. Além disso, porém, também é indubitável que seria útil ter clareza sobre as interpretações das NIT. No entanto, a incerteza sempre foi uma ferramenta que garante maior incerteza a uma norma – ou a pronunciamentos, no caso das visões do CEACR – e é o potencial enfraquecimento dessa ferramenta que claramente motiva os Empregadores a atacarem o sistema de supervisão de normas da OIT. A influência do trabalho do CEACR, que torna as convenções menos incertas, está (potencialmente) se espalhando para além da OIT, e as ações dos Empregadores devem ser vistas em um contexto pós-Guerra Fria mais amplo, em que o equilíbrio de poder entre trabalhadores e empregadores mudou para beneficiar estes últimos.

Mas, ao mesmo tempo, o ataque dos Empregadores à CEACR é preocupante pois diz respeito a algo que não está sob o controle do CEACR, ou seja, o fato de que seu trabalho está sendo utilizado em contextos para além da OIT. Tanto as interpretações não vinculantes de órgãos de supervisão de tratado, quanto seu uso por outras jurisdições não são incomuns no direito internacional, mas não são previsíveis. Nesta medida, deveria estar claro que há pouco que pode ser feito para “forçar” um único “uso correto” das NIT fora da estrutura da OIT, seja pelos Empregadores ou pelo CEACR (Alston, 2005; La Hovary, 2009).³⁸

Por fim, entretanto, o que motiva as ações atuais dos Empregadores é o fato de que as consequências involuntárias da “*soft law*” podem certamente dar maior peso aos pronunciamentos do CEACR, a ponto de torná-los “*hard law*”. Os Empregadores claramente não querem que isso ocorra em larga escala, e, por essa razão, argumentam que o sistema de supervisão de normas da OIT está em crise. Ao fazê-lo, estão mudando os termos do debate da natureza e do impacto dos pronunciamentos do CEACR para a “dificuldade (se não impossibilidade) de manter as atuais práticas [de supervisão] a longo prazo” (Maupain, 2014, p. 147, tradução nossa) *de facto*. Nesse ponto de vista, o que está em jogo, em última instância, não é tanto a natureza dos pronunciamentos do CEACR ou até mesmo o funcionamento futuro dos órgãos de supervisão, mas, de forma mais ampla, a influência, ou a existência das NIT.³⁹

³⁸ Maupain (2014, p. 174) também reforça o caráter controvertido do questionamento se a “jurisprudência” dos órgãos de supervisão acompanharia as convenções se elas fossem transpostas a outros contextos.

³⁹ Essa questão é ulteriormente exemplificada pela afirmação dos empregadores na CIT de 2014 de que “havia a necessidade de consolidar e simplificar as convenções da OIT, e de direcionar os relatórios ao essencial” (ILO, 2014a, tradução nossa).

REFERÊNCIAS

- ABI-SAAB, G. Éloge du "droit assourdi": quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain. *In: Nouveaux itinéraires en droit*: hommage à François Rigaux. Bruxelles: Bruylant, 1993. p. 56-69.
- ABI-SAAB, G. Les résolutions dans la formation du droit international du développement. *In: ABI-SAAB, Georges. Le développement du droit international*: réflexions d'un demi-siècle. Genève: Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1971.
- ALFREDSSON, G. Human Rights Commissions and Treaty Bodies in the UN-System. *In: WOFRUM, Rüdiger; RÖBEN, Volker (ed.). Developments of international law in treaty making*. Berlin: Springer, 2005. p. 559-570.
- ALSTON, P. Facing up to the Complexities of the ILO'S Core Labour Standards Agenda. **European Journal of International Law**, n. 16, 2005.
- ALSTON, P. The historical origins of the concept of "General Comments" in human rights law. *In: CHAZOURNES, L. B. de; GOWLLAND-DEBBAS, V. The International Legal System in Quest of Equity and Universality*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- BAXTER, R. R. International Law in "Her Infinity Variety". **International & Comparative Law Quarterly**, v. 29, n. 4, p. 549-566, 1980.
- BEAUDONNET, X. How domestic jurisdictions use universal sources of international law. **Labor Education**, v. 143-144, n. 2-3, p. 9-19, 2006.
- BEAUDONNET, X. L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes. **Bulletin de Droit Compare du Travail et de la Sécurité Sociale**, p. 43-84, 2005.
- BELLACE, J. R. Pushback on the right to strike: resisting the thickening of soft law. *In: BLACKETT, A.; TREBILCOCK, A. (ed.)*.

Research Handbook on Transnational Labour Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 181-193.

BELLACE, J. R. The ILO and the right to strike. **International Labour Review**, v. 153, n. 1, p. 29-70, 2014.

CHINKIN, C. M. The challenge of soft law: development and change in international law. **International & Comparative Law Quarterly**, v. 38, n. 4, p. 850-866, 1989.

CHINKIN, C.; BOYLE, A. **The making of international law.** Oxford: Oxford University Press, 2007.

D'ASPREMONT, J. Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials. **European Journal of International Law**, v. 19, p. 1075-1093, 2008.

D'ASPREMONT, J. The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order. *In*: FAUCHALD, O. K.; NOLLKAEMPER, A. (ed.). **The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law.** Oxford: Hart Publishing, 2012.

EBERT, F.; OELZ, M. **Bridging the Gap Between Human Rights and Labour Rights: The Role of ILO Law in Regional Human Rights Courts.** Geneva: International Institute for Labour Studies, 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Demir and Baykara v. Turkey (no. 34503/97).** Strasbourg: ECHR, 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Enerji Yapi-Yol Sem v. Turkey (no. 68959/01).** Strasbourg: ECHR, 2009.

EWING, K. D. Myth and Reality of the Right to Strike as a "Fundamental Labour Right". **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, n. 29, p. 145-165, 2013.

FALK, R. A. On the Quasi-legislative Competence of the General Assembly. **American Journal of International Law**, v. 60, n. 4, p. 782-791, 1966.

GERBER, P.; KYRIAKAKIS, J.; O'BYRNE, K. General comment 16 on state obligations regarding the impact of the business sector on

children's rights: what is its standing, meaning and effect?

Melbourne Journal of International Law, v. 14, p. 5-7, 2013.

GRAVEL, E.; CHARBONNEAU-JOBIN, C. **The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations: its dynamic and impact**. Geneva: ILO, 2003.

HANDL, G. F.; REISMAN, W. M.; SIMMA, B.; DUPUY, P. M.; CHINKIN, C. A hard look at soft law. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, v. 82, p. 371-395, 1988.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). The Hague: ICJ, 2010.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Article 37, Paragraph 2, of the Constitution and Interpretation of International Labour Conventions. Geneva: ILO, 1993.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Manual for drafting ILO instruments**. Geneva: ILO, 2011.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Record of Proceedings, International Labour Conference, 103rd Session. Geneva: ILO, 2014a.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Record of Proceedings, International Labour Conference, 64th Session. Geneva: ILO, 1978.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Record of Proceedings, International Labour Conference, 72nd Session. Geneva: ILO, 1986.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Record of Proceedings, International Labour Conference, 73rd Session. Geneva: ILO, 1987a.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Record of Proceedings, International Labour Conference, 88th Session. Geneva: ILO, 2000.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 103rd Session. Geneva: ILO, 2014b.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 63rd Session. Geneva: ILO, 1977.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 73rd Session. Geneva: ILO, 1987b.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 77th Session. Geneva: ILO, 1990.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 78th Session. Geneva: ILO, 1991.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 90th Session. Geneva: ILO, 2002.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 101st Session. Geneva: ILO, 2012.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **The Standards Initiative Appendix II:** Final Report of the Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), in Relation to the Right to Strike and the Modalities and Practices of Strike Action at National Level (Geneva, 23–25 February 2015). Geneva: ILO, 2015.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **The Standards Initiative:** Follow-up to the 2012 ILC Committee on the Application of Standards. Geneva, ILO, 2014c.

JENKS, C. W **Law, Freedom, and Welfare.** London: Stevens & Sons, 1963.

KELLER, H.; ULFSTEIN, G. (org.). **UN Human Rights Treaty Bodies:** Law and Legitimacy. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KLABBERS, J. The Redundancy of Soft Law. **Nordic Journal of International Law**, v. 65, n. 2, p. 167-182, 1996.

LA HOVARY, C. **Les droits fondamentaux au travail**: origines, statut et impact en droit international. Geneva: Graduate Institute Publications, 2009.

LA HOVARY, C. Showdown at the ILO? A historical perspective on the employers' group's 2012 challenge to the right to strike. **Industrial Law Journal**, n. 42, p. 338-368, 2013.

MANTOUVALOU, V. Is there a Human Rights Not to Be a Trade Union Member? Labour Rights under the European Convention on Human Rights. *In*: FENWICK, C.; NOVITZ, T. (ed.). **Human Rights at Work**: perspectives on law and regulation. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 439-462.

MAUPAIN, F. The ILO Regular Supervisory System: A Model in Crisis? **International Organizations Law Review**, v. 10, n. 1, p. 117-165, 2014.

MCMAHON, J. F. The Legislative techniques of the International Labour Organization. **British Yearbook of International Law**, v. 41, n. 1, p. 39-40, 1965.

MECHLEM, K. Treaty bodies and the interpretation of human rights. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 42, n. 3, p. 905-947, 2009.

NOVITZ, T. The Committee of Experts and the Right to Strike: a historical perspective. **International Union Rights**, v. 19, n. 2, p. 20-25, 2012.

POLITAKIS, G. Deconstructing Flexibility in International Labour Conventions. *In*: JAVILLIER, J.-C.; GERNIGON, B.; POLITAKIS, G. P. (ed.). **Les normes internationales du travail**: un patrimoine pour l'avenir: mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Genève: BIT, 2004. p. 463-496.

SERVAIS, J.-M. **International Labour Law**. 3. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

SHELTON, D. Commentary and Conclusions. *In*: SHELTON, D. (ed.). **Commitment and Compliance**: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System. New York: Oxford University Press, 2003. p. 449-451.

SIMMA, B. Commissions and Treaty Bodies of the UN System. *In*: WOFRUM, R.; RÖBEN, V. (ed.). **Developments of international law in treaty making**. Berlin: Springer, 2005.

UNITED NATIONS. Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, Dato' Param Cumaraswamy. Geneva: UN, 2003.

UNITED NATIONS. Resolutions and decisions adopted by the Economic and Social Council at its substantive session of 2006 (3-28 July 2006). New York: UN, 2006.

UNITED NATIONS. The Bangalore Principles of Judicial Conduct. The Hague: UN, 2002.

VALTICOS, N. **Droit international du travail**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1983.

VALTICOS, N. Le développement d'une jurisprudence internationale au sujet des normes établies par les organisations internationales (spécialement à propôs des normes relatives au travail). *In*:

GAMILLSCHEG, F.; DE GIVRY, J.; HEPPLER, B.; VERDIER, J-M. (ed.). **In memoriam, Sir Otto Kahn-Freund**: international collection of essays. München: Beck, 1980. p. 717-735.

VALTICOS, N.; VON POTOBOSKY, G. **International Labour Law**. 2. ed. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995.

WEIL, P. Towards relative normativity in International Law? **American Journal of International Law**, v. 77, 1983.

WEISS, M. International Labour Standards: A Complex Public-Private Policy Mix. **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, v. 29, p. 7-19, 2012.

ZAMANEK, K. The Legal Foundations of the International System. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 266, 1997.

ZIMMER, R. The Right to Take Collective Action: Prospects for Change in European Court of Justice Case Law in Light of European Court of Human Rights Decisions. *In*: BLACKETT, A.; TREBILCOCK, A. (ed.). **Research Handbook on Transnational Labour Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 194-203.

REVISITANDO A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA SOCIAL NO CENTENÁRIO DA OIT EM PROL DO TRABALHO DIGNO E AS DIRETRIZES PARA OS ANOS VINDOUROS

REVISITING THE CONCEPT OF SOCIAL JUSTICE IN THE CENTENNIAL OF THE ILO FOR DECENT LABOR AND THE GUIDELINES FOR THE YEARS TO COME

Juliane Caravieri Martins*

Quando as pessoas em todo o mundo se mobilizam para obter mais justiça global – e enfatizo aqui o termo comparativo ‘mais’ -, não estão clamando por algum tipo de ‘humanitarismo mínimo’. Também não estão se mobilizando a favor de uma sociedade mundial ‘perfeitamente justa’, mas apenas pela eliminação de alguns arranjos afrontosamente injustos, para melhorar a justiça global [...] (Amartya Sen, A Ideia de Justiça).

* Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Ciências da Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Líder do Grupo de Pesquisa Reformas Trabalhistas e os Retrocessos no Mundo do Trabalho: Perspectivas para a América Latina. Especialista em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Braz Cubas. Bacharela em Direito e Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharela em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista (UNESP).

INTRODUÇÃO

Em meados do século XIX, ocorreram movimentos sociais e operários¹ contra o quadro de miséria humana engendrado pelo capitalismo industrial, impulsionando o surgimento da legislação trabalhista, inicialmente nos países da Europa e depois nas Américas, buscando o resguardo dos direitos laborais e de maior autonomia de vontade nos contratos de trabalho. Os acontecimentos sociais, políticos e econômicos relacionados com o capitalismo industrial e as revoluções operárias subverteram a organização da sociedade, evidenciando graves problemas que culminaram, em fins do século XIX, em movimentos em favor da grande questão social: *a Questão Operária* oriunda do conflito entre capital e trabalho.

A ideia de justiça social foi fortalecida, em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que ficou encarregada de efetivar os pressupostos estabelecidos no Preâmbulo da sua Constituição, em especial, a paz universal e duradoura assentada na justiça social. Posteriormente, a Declaração adotada em Filadélfia pela OIT, em 10 de maio de 1944, estabeleceu que o trabalho não é uma mercadoria e a penúria constitui um perigo para a prosperidade geral, devendo a luta contra a carência ser conduzida com infatigável energia e por um esforço internacional contínuo e conjugado dos representantes de empregadores, empregados e governos visando ao bem comum (Art. I) (OIT, 2009). A internacionalização dos direitos humanos e o Constitucionalismo social no alvorecer do século XX também demonstraram que o trabalho não poderia ser considerado mera mercadoria e o

¹ Citam-se os seguintes: a Revolução de 1848 ou *Primavera dos Povos*; a Primeira Conferência Internacional do Trabalho em Berlim (1897); a Organização Cristã do Trabalho em Zurique (1897); a criação, em Bruxelas, da comissão para organizar um organismo internacional do trabalho (1897); o Congresso de Paris para a Fundação Internacional para a Proteção dos Trabalhadores (1900); a criação da Associação Internacional de Proteção Legal dos Trabalhadores em Basileia (1901) e o Congresso da Filadélfia (1915) (Martins, 2017).

trabalhador aviltado em sua dignidade, evidenciando a necessidade de intervenção de um Estado social de direito.

No Brasil, em razão de conflitos históricos entre capital e trabalho, Getúlio Vargas assinou, em 1º de maio de 1943, o Decreto-Lei nº 5.452, denominado de “Consolidação das Leis do Trabalho” (CLT). Segundo Carvalho (2002), de 1930 a 1945 os direitos sociais e laborais seguiram na “dianteira” com a expedição de várias normas por Vargas como a ampliação das Caixas de Aposentadoria e Pensão, que excluíram naquele momento os trabalhadores autônomos e domésticos, e a instalação, em 1941, em todo o país, da Justiça do Trabalho. A norma consolidada não ficou estagnada nos anos de 1940, acompanhando a evolução das relações de trabalho nas últimas décadas, sobretudo após a Constituição de 1988 porque “[...] amparada no vigor da interpretação constitucional, mantém força e compromisso social, assumindo novos traçados, ângulos e projetos de renovação e de proteção ao trabalho regulado, em respeito aos padrões sociais historicamente maturados no período de redemocratização brasileiro” (Delgado, 2013, p. 292).

Nesse contexto, o centenário da OIT foi um momento crucial ao se propor revisitar a concepção de justiça social à luz do “Espírito de Filadélfia”, conforme afirmou Supiot (2014), para as relações de trabalho em razão de alterações profundas e sucessivas na legislação laboral com vistas ao desmonte da proteção ao trabalho regulado. Os discursos flexibilizadores e neoliberais apontaram que a CLT estaria ultrapassada, engessando o desenvolvimento econômico, a geração de emprego e a competitividade das empresas, havendo a aprovação de normas neoliberais como a “reforma” trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que alterou e revogou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica* (Lei nº 13.874/2019), dentre outras.

Desde a década de 1990, o Brasil vem assistindo ao desmonte da proteção dos direitos dos trabalhadores, mas a pandemia de COVID-19 acentuou esse processo em detrimento da justiça social relegada a segundo plano, pois os brasileiros terão que escolher se querem “menos direitos ou mais empregos” (Carta Capital, 2019). Tal

conjuntura é extremamente preocupante e desalentadora porque a desproteção aos trabalhadores é crescente, havendo no Brasil, no segundo trimestre de 2022, 10,1 milhões de desempregados/desocupados e 4,3 milhões de desalentados, chegando à taxa de desemprego de 9,3% (Belandi, 2023).

Portanto, a temática ora analisada é relevante e, sem exaurir os questionamentos porventura existentes, refletiu-se sobre o significado da justiça social no Centenário da OIT e a concretude do trabalho digno para os anos vindouros, contribuindo para a obra *O Direito do Trabalho brasileiro à luz do centenário da OIT: perspectivas e desafios em um mundo em transformação*.

1. DA JUSTIÇA ARISTOTÉLICA À JUSTIÇA SOCIAL: CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS

Na contemporaneidade, os seres humanos estão envolvidos em relações sociais, políticas e econômicas cada vez mais complexas que necessitam de expressiva regulação pelo direito a fim de solucionar pacificamente os conflitos em prol de uma convivência mais harmônica na sociedade pautada em valores éticos essenciais.

Nesse contexto, a justiça se apresenta como valor fundamental para o sistema jurídico porque “[...] é ideia específica do direito. Está refletida em maior ou menor grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas e é a medida de sua correção” (Ross, 2008, p. 313). Como a sociedade e o próprio direito estão em constante transformação, aprimorando o “justo” e o “adequado” desde seus primórdios, a concepção de justiça também está em reconstrução ao longo do tempo, conforme Sen (2011, p. 99) aponta:

[...] temos boas razões para reconhecer que a busca da justiça é em parte uma questão de formação gradual de padrões comportamentais – não há nenhum salto imediato da aceitação de alguns princípios de justiça e um redesenho total do comportamento real de todos os membros de uma sociedade em consonância com essa concepção política de justiça. Em geral, as instituições têm de ser escolhidas não apenas em consonância com a natureza da sociedade em questão, mas também em conformidade com os padrões reais

de comportamento que se pode esperar, mesmo que uma concepção política de justiça seja aceita por todos, e até mesmo depois de ela ser aceita.

No *Praecepta Juris*, Ulpiano (150-223) entendeu a justiça como "a vontade firme e constante de dar a cada um o seu direito" (*iustia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) a qual se concretizaria mediante a realização de deveres impostos aos seres humanos pelo próprio direito, a saber: "viver honestamente", "não lesar o outro", "dar a cada um o que é seu" (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) (Marky, 2010). Tais preceitos apontavam as dificuldades em se delimitar o significado, o conteúdo e o alcance da justiça, o que ainda persiste atualmente.

Bobbio e outros (2010, p. 660-661) entenderam a justiça como "um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar" e, nesse sentido, "o conceito de Justiça está estreitamente ligado não apenas ao conceito de bem, mas ainda ao de direito, no sentido de direito legal e moral".

Ao final de suas considerações, os referidos autores mencionam Aristóteles que identificava a justiça como completa virtude e excelência porque "cada homem julga bem as coisas que conhece, e desses assuntos ele é bom juiz. O homem instruído a respeito de um assunto é bom juiz nesse assunto, e o homem que recebeu instrução a respeito de todas as coisas é bom juiz em geral" (Aristóteles, 2006, p. 19). No exercício do ato de julgar, as ações devem objetivar o bem supremo dos cidadãos da *pólis* porque a justiça é a completa virtude advinda do hábito, pois:

Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. [...] Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa (Aristóteles, 2006, p. 103-105).

A virtude aparece como elemento intrínseco do ser humano que, naturalmente, buscaria o bem, sendo uma faculdade prática, construída pelo hábito e, necessariamente, implicaria numa ação

humana, ou seja, numa disposição de caráter em busca da mediania. Então, é por meio dessa ação que se concretizaria a virtude humana de fazer o *bem* e o *justo* em relação ao seu semelhante. Logo, a justiça seria a virtude mais completa, pois “[...] somente a justiça, entre todas as virtudes, é o ‘bem de um outro’, pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante, ou de um membro da comunidade” (Aristóteles, 2006, p. 105).

Portanto, Aristóteles entende que a justiça é a disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, agir justamente e desejar o justo porque o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, logo, haveria, basicamente, duas espécies de justiça: a distributiva e a corretiva ou reparadora.

A *justiça distributiva* pressuporia uma distribuição de honras, bens ou de qualquer outra coisa divisível entre os membros da sociedade segundo uma igualdade proporcional. Assim, na distribuição de vantagens e encargos se consideraria a situação particular e o mérito de cada um em respeito à isonomia. Portanto, o justo seria proporcional e o injusto violaria a proporção. No caso do injusto “[...] um dos termos se torna grande demais e o outro muito pequeno, como efetivamente acontece na prática, pois o homem que age injustamente fica com uma parte muito grande daquilo que é bom, e o que é injustamente tratado fica com uma parte muito pequena” (Aristóteles, 2006, p. 111). Por sua vez, a *justiça corretiva, reparadora ou comutativa* estaria presente nas transações voluntárias e involuntárias, assumindo caráter reparador porque seria a virtude da proporcionalidade entre coisas de sujeitos pressupostamente iguais entre si. Esta forma de justiça permitiria que uma pessoa pedisse reparação ao receber ofensa de outra pessoa, logo, seria “[...] o meio-termo entre perda e ganho” (Aristóteles, 2006, p. 110).

A partir de tais diretrizes aristotélicas, a ideia de justiça distributiva ganhou evidência na contemporaneidade porque pressuporia a distribuição de benefícios entre os membros de uma sociedade ou da comunidade internacional segundo o mérito e as

necessidades de cada um (povos, nações, Estados etc.), pautando-se em normas de cooperação e solidariedade. Ante a “reconstrução” dos direitos humanos após o término da Segunda Guerra Mundial, a ordem jurídica buscou a efetivação da justiça distributiva no intuito da “[...] melhor distribuição possível dos bens, dos direitos e dos deveres entre os homens” (Bergel, 2006, p. 26).

Entretanto, em face do aprofundamento das desigualdades socioeconômicas a partir do acirramento do embate entre capital e trabalho, a justiça distributiva se mostrou insuficiente para atender aos anseios sociais, sendo necessário se avançar na concretude da ideia de justiça social, principalmente a partir da primeira parte do século XX quando houve a inclusão de direitos sociais e normas de proteção aos trabalhadores nas Constituições, sendo precursoras a do México (1917) e a da Alemanha (1919), conformando o denominado Constitucionalismo Social.

Após meados do século XX, a questão operária ganhou novos contornos conclamando a realização de mudanças nos países europeus e latino-americanos, como a própria história demonstrou, em prol de um Estado social de direito. Ocorreu que, no âmbito do capitalismo global, a concepção de justiça é constantemente mitigada, podendo até mesmo estar comprometida com os anseios de elites dominantes, pois, nas assertivas de Aguiar (2004, p. 57), não há “justiça neutra”:

O que é justo para um polo, será injusto para outro. O que é ordem para um grupo, será dominação para outro. O que é direito para o dominado, é subversão para o dominador. O que é perenidade de uma ordem justa para o dominador será provisoriedade da iniquidade para o dominado.

Isso demonstra a profunda e inseparável ligação das ideias de justiça com as contradições sociais reais que marcam o processo histórico. E mostra mais: a irredutibilidade de umas às outras, o que significa dizer de forma simples que não existe justiça neutra. Mais ainda, que não existe a possibilidade de encontrarmos um meio-termo entre as duas visões, pois esse meio-termo só significa adiamento da história, pois, mesmo que se encontre artificialmente uma convivência momentânea entre os dois fundamentos, a contradição, ainda que tardiamente, voltará para dividir as águas.

Certas verdades são simples: o problema é o de sabermos em que lado do rio acampamos. Ou estaremos ao lado de uma concepção de mundo que se

estratifique em termos de uma concepção de justiça que sirva a quem domina, ou estaremos navegando nas águas dos oprimidos, as águas da história.

Será a justiça uma concepção apta a pautar os anseios do bom e do justo para a convivência social entre trabalhadores e empresariado?

Embora a justiça seja uma aspiração do ser humano, ela é uma “[...] ideia inacabada, uma vez que a sociedade está sempre em constante transformação e evolução, buscando aprimorar o que considera como Justiça, de modo que o que é justo hoje poderá não o ser amanhã” (Gamba; Montal, 2008, p. 20). Na atualidade, não se pode olvidar que se deve ir mais além na distribuição equitativa dos bens jurídicos, em especial nas relações de trabalho, buscando a efetivação da *justiça social*, sobretudo, ante a globalização econômica, neoliberal e excludente ora vivenciada a qual está aprofundando as desigualdades sociais e laborais em nível local, regional e global.

Esta nova e confortável percepção das ‘coisas fugindo ao controle’ é que foi articulada (com pouco benefício para a clareza intelectual) num conceito atualmente na moda: o de globalização. O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a ‘nova desordem mundial’ de Jowitt com um outro nome (Bauman, 1999, p. 66-67).

No âmbito do sistema jurídico internacional, a justiça se encontra positivada na Carta das Nações Unidas (ONU, 1945) ao dispor, no seu preâmbulo, a necessidade de preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, reafirmando “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas”, estabelecendo “condições sob as quais a *justiça* e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional” pudessem ser mantidos. Previu, ainda, no seu Art. 1º (1), a manutenção da paz e da segurança

internacionais através de medidas efetivas “em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional” e no seu Art. 2º (3) corroborou que “todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais” (ONU, 1945).

No sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA, 1948a) estabeleceu, no preâmbulo, que “[...] o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente [...] um regime de liberdade individual e de *justiça social*, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem”. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em abril de 1948, avançou em relação aos documentos internacionais da época ao dispor, no art. 18, sobre o direito de acesso à justiça, prevendo que “toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos, contando com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente” (OEA, 1948b).

Portanto, a ideia de justiça social possui correlação com o bem comum² proposto para a convivência social e harmônica dos povos e das sociedades e a solidariedade social, sendo incorporada pelo sistema jurídico internacional e pela OIT em seus instrumentos normativos em prol da proteção ao trabalho digno.

² Consta na Encíclica *Mater et Magistra* (1961), do Papa João XXIII, que o bem comum é “o conjunto das condições sociais que permitem e favorecem nos homens o desenvolvimento integral da personalidade”. Segundo Lessa (2004, p. 760), “o bem que fala a DSI é um conjunto de condições da vida social – políticas, jurídicas, econômicas, culturais, éticas, religiosas... – devem ser tais, e seu conjunto, que permitam ao indivíduo alcançar, no seio da sociedade, a sua plena realização, vale dizer, em última análise, a própria perfeição”.

2. A JUSTIÇA SOCIAL NO CENTENÁRIO DA OIT E AS DIRETRIZES PARA A CONCRETUDE DO TRABALHO DIGNO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada, após o término da Primeira Guerra Mundial, em 1919, na Parte XIII do Tratado de Versailles, no intuito de tutelar, em nível internacional, os direitos dos trabalhadores com fundamento na justiça social. Sediada em Genebra, a OIT está vinculada à ONU desde 1945, possuindo uma Constituição aprovada em Montreal, em 9 de outubro de 1946, na 29ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho em substituição ao texto originário de 1919.

A vigente Constituição da OIT (texto de 1946), constituída de Preâmbulo e quarenta e cinco artigos, foi acrescida da Declaração de Filadélfia que figura anexa. O Art. 1º da Constituição da OIT a define como uma organização permanente, encarregada de promover a realização do programa exposto no Preâmbulo e na Declaração adotada em Filadélfia referente aos fins e objetivos da Organização (Sussekind, 2007, p. 13). A ideia de justiça social foi incorporada pela OIT em seus instrumentos normativos no intuito de conceder tratamento uniformizado aos direitos dos trabalhadores em nível internacional, pois “a paz universal e duradoura deve se assentar sobre a justiça social” (OIT, 1997).

A Declaração de Filadélfia estabeleceu que o trabalho não é uma mercadoria; a penúria constitui um perigo para a prosperidade geral e a luta contra a carência, em qualquer Estado, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado (representantes de empregadores, empregados e governos), visando ao bem comum (Art. I) (OIT, 2009). O Art. II desta Declaração evidenciou que a paz, para ser duradoura, deve se assentar sobre a justiça social, de modo que todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, tenham o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades etc. (OIT, 2009).

Em 19 de junho de 1998, a OIT aprovou a Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que reforçou os preceitos em favor da justiça social mormente no âmbito de áreas prioritárias (Art. 2º), a saber: a) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) abolição efetiva do trabalho infantil e d) eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Sussekind, 2007, p. 380)³. Todos os Estados-membros da OIT, inclusive o Brasil, ainda que não tenham ratificado as convenções, teriam o compromisso com os seus princípios e finalidades porque pertencem à Organização, devendo respeitar e concretizar em suas realidades os direitos fundamentais dos trabalhadores e a justiça social.

Os princípios contidos na Declaração de Filadélfia devem ser respeitados integralmente pelos Estados-membros e seus povos, considerando, inclusive, o grau de desenvolvimento econômico e social de cada um. A justiça social é um princípio de ação. Sua aplicação depende, então, de uma justa representação dos fatos, e não pode se reduzir à aplicação de um sistema de regras predefinidas. Uma das particularidades do Direito Social [...] é o fato de ser um lugar de descoberta tanto quanto de aplicação da regra. É da confrontação e da conciliação dos interesses que pode nascer uma definição, sempre provisória e revogável, de uma justa repartição dos direitos e deveres de cada um (Supiot, 2014, p. 109).

Na vida em sociedade, em tempos obscuros de globalização neoliberal, deve-se caminhar além da mera distribuição equitativa dos bens e direitos; deve-se buscar a concretude da *justiça social nas relações de trabalho* porque a “[...] ideia de justiça social alcançou prestígio na cultura contemporânea como fórmula sintetizadora das

³ Estando consciente da importância vital da saúde e da segurança no trabalho ante a pandemia de COVID-19 e das transformações dela decorrentes para o mundo do trabalho, a OIT, em 6 de junho de 2022, na 110ª Conferência Internacional do Trabalho, aprovou a inserção de uma quinta categoria nesse rol: “um ambiente de trabalho seguro e saudável” como princípio e direito fundamental, alterando também a Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa (2008) e o Pacto Mundial para o Emprego (2009) (OIT, 2022).

diversas acepções que se opõem à regência exclusiva do mercado econômico na realização individual, material e social das pessoas” (Delgado, 2004, p. 38). Assim, o “Espírito de Filadélfia” (Supiot, 2014) deverá avançar no cenário global, regional e local na proteção dos direitos humanos trabalhistas, sendo necessária a participação dos Estados, das empresas e de toda a comunidade na efetivação do trabalho digno compreendido sob dois aspectos:

- a) o **intrínseco (subjeto)**: como atributo pessoal e psíquico inerente ao ser humano, por exemplo, a satisfação pessoal do trabalhador em realizar determinada atividade; a sensação de ser útil para a comunidade em que vive; ser merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e dos particulares; ser realmente livre para escolher o seu trabalho etc.;
- b) o **extrínseco (objeto)**: representando as condições materiais previstas nas normas em geral reguladoras do ato de trabalhar, tais como: remuneração adequada e justa, sem discriminação de qualquer natureza; limite máximo e mínimo de duração da jornada de trabalho (diária e semanal); normas de higiene e segurança relacionadas ao meio ambiente do trabalho e à proteção da maternidade; concessão de férias, repouso semanal e feriados remunerados; licenças médicas em geral; normas proibitivas do trabalho infantil e do trabalho escravo etc. (Martins, 2017, p. 41-42).

O trabalho digno inclui as condições materiais objetivas (extrínsecas) em que o trabalho é realizado concomitantemente com as condições subjetivas (intrínsecas), pois ambas atendem ao princípio e valor da dignidade humana, integrando a própria condição humana do trabalhador. Na condição de bem jurídico, o trabalho digno está tutelado no sistema onusiano de proteção aos direitos humanos, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que estabeleceu o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (Art. XXIII); direito a uma remuneração justa e satisfatória compatível com a dignidade humana (Art. XXIV); direito a organizar sindicatos e a neles ingressar; direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas etc. (Art. XXV). Tem-se, ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) que, nos Artigos. 6º a 9º, reconheceu à pessoa humana o

direito de usufruir condições dignas, equânimes e favoráveis de trabalho, individual e coletivamente.

A OIT desenvolveu a chamada Agenda Nacional de Trabalho Decente no intuito de atingir buscar a concretude da justiça social com base em quatro objetivos estratégicos, a saber: a) promover o emprego criando um entorno institucional e econômico sustentável; b) adotar e ampliar medidas de proteção social (seguridade social e proteção dos trabalhadores) que sejam sustentáveis e estejam adaptadas às circunstâncias nacionais; c) promover o diálogo social e tripartismo e respeitar; e d) promover e aplicar os princípios e direitos fundamentais no trabalho que são de particular importância como direitos e condições necessárias para a plena realização dos objetivos estratégicos (MTE, 2006). Essa agenda deveria ser amplamente adotada pelos Estados-membros da OIT, inclusive nos processos de integração regional como no caso do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), mas esse compromisso encontra dificuldades para ser implementado no bloco, pois:

Não há **nenhum regulamento ou normativa comunitária sobre os direitos sociais trabalhistas** e os mecanismos para sua concretização conjunta no bloco, havendo apenas a tomada de ações e decisões de modo individual por cada Estado-parte em busca da concretização do trabalho digno e da Agenda de Trabalho Decente proposta pela OIT aos seus membros, o que inclui o Brasil, a Argentina, o Paraguai, o Uruguai e a Venezuela. Há também assimetrias na legislação trabalhista interna dos Estados-Partes do MERCOSUL (Martins, 2017, p. 147-175), inviabilizando a harmonização dessas normas para a regulamentação dos direitos sociais laborais, inclusive dos migrantes, dificultando a integração regional nas relações de trabalho.

Tais entraves são em parte explicados porque se conformou no MERCOSUL o sistema intergovernamental de tomada de decisões exigindo o consenso e a presença de todos os Estados-Partes, dificultando os avanços institucionais e impedindo a consolidação do direito comunitário fundamentado na supranacionalidade. Os Estados-Partes também não são obrigados a incorporarem as normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL - *Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio* -, havendo discricionariedade de cada Estado na transposição dessas normas ao seu direito interno.

O trabalho digno – enquanto direito humano - é indissociável do respeito à dignidade humana do trabalhador, devendo concretizado pelos Estados

mercosulistas em políticas públicas de trabalho comuns e articuladas, inclusive com o auxílio dos particulares e da sociedade civil o fomento ao trabalho e a proteção do desemprego no bloco. Porém, esse trabalho digno expresso no sistema jurídico não consegue se efetivar no processo de integração regional do MERCOSUL (Martins, 2018, p. 143-144, grifos da autora).

Apesar dessas adversidades na integração regional mercosulista, a OIT almeja fortalecer a justiça social no mundo do trabalho e, para tanto, em junho de 2008, aprovou a *Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa* (OIT, 2009) na qual reafirmou a promoção do trabalho digno ante os crescentes desafios da globalização mundial. Porém, entende-se que, na atual conjuntura econômica, a globalização “equitativa” encontra sérios obstáculos para ser efetivada ante a prevalência do individualismo – pensar apenas no “eu” ao invés do “nós” – o que é incentivado pelo ideário neoliberal, impondo a cada indivíduo a busca incessante e competitiva pela sobrevivência no âmbito da crescente precarização do trabalho humano na atualidade.

Essa Declaração de 2008 assentou bases na concepção do trabalho digno, permitindo que a OIT apoiasse esforços para a efetivação da justiça social através de princípios básicos, tais como: emprego; proteção social; diálogo social e tripartismo; princípios e direitos fundamentais do trabalho. Portanto, apresentou-se a proposta de renovação das diretrizes de proteção ao trabalho digno apregoadas na Declaração de Filadélfia a fim de atingir maior justiça social para as relações laborais. É preciso destacar que a justiça social também estava presente na Doutrina Social da Igreja, destacando-se a Encíclica *Quadragesimo Anno* (15 de maio de 1931) proposta pelo Papa Pio XI em comemoração ao 40º aniversário da *Rerum Novarum* (15 de maio de 1891). Nesse documento se estabeleceu o *princípio diretivo da justa distribuição*, pois:

É necessário que as riquezas, em contínuo incremento com o progresso da economia social, sejam repartidas pelos indivíduos ou pelas classes particulares de tal maneira, que se salve sempre a utilidade comum, de que falava Leão XIII, ou, por outras palavras, que em nada se prejudique o bem geral de toda a sociedade. Esta lei de justiça social proíbe que uma classe seja

pela outra excluída da participação dos lucros. [...] Cada um deve, pois, ter a sua parte nos bens materiais; e deve procurar-se que a sua repartição seja pautada pelas normas do bem comum e da justiça social (Lessa, 2004, p. 335).

Portanto, ante a importância da justiça social, houve sua “juridicização” em nível internacional, passando de princípio diretivo, de cunho meramente ético, para preceito jurídico com força normativa, integrado às declarações, convenções e demais documentos internacionais da OIT em prol dos direitos humanos dos trabalhadores porque “[...] medir o desempenho econômico do ponto de vista dos objetivos de justiça social é uma ideia simples e de bom senso” (Supiot, 2014, p. 105).

Em junho de 2019, na 108ª Conferência Internacional do Trabalho, a Declaração do Centenário da OIT reconheceu expressamente que o “mundo do trabalho atravessa mudanças profundas, impulsionadas por inovações tecnológicas, oscilações demográficas, alterações climáticas e globalização, que colocam em questão a própria natureza e o futuro do trabalho, bem como o lugar que as pessoas ocupam nesse mundo e a sua própria dignidade” (OIT, 2019).

Reafirmou-se o papel da OIT em favor da justiça social e da tutela mais efetiva dos direitos humanos laborais. Desse modo, preocupada com a concretude do trabalho digno centrado no ser humano, a OIT realizou as seguintes proposições a serem implementadas, inclusive por seus Estados-membros, para os anos vindouros:

- (i) assegurar uma transição justa para um futuro do trabalho ambientalmente sustentável;
- (ii) explorar todo o potencial do progresso tecnológico para garantir o bem-estar material, a realização pessoal e a dignidade de todos os seres humanos, zelando para que os seus benefícios sejam equitativamente partilhados entre todos;
- (iii) promover a aquisição de competências para todos os trabalhadores em todas as fases da sua vida profissional, a fim de colmatar as lacunas de competências existentes e previstas, dedicando especial atenção à harmonização dos sistemas de ensino e formação com as necessidades do mercado de trabalho;

- (iv) formular políticas eficazes para gerar oportunidades de trabalho digno para os jovens e facilitar a transição da escola para o mundo do trabalho;
- (v) levar a bom termo a luta inacabada pela igualdade de gênero no trabalho através de uma agenda transformadora que concretize a igualdade de participação e a igualdade de remuneração entre mulheres e homens por trabalho de igual valor;
- (vi) concretizar a igualdade no mundo do trabalho para pessoas com deficiência;
- (vii) promover um ambiente favorável ao empreendedorismo, à inovação e às empresas sustentáveis, incluindo as empresas sociais e as micro, pequenas e médias empresas, por forma a gerar trabalho digno, eficiência produtiva e melhores condições de vida;
- (viii) assegurar que a crescente diversificação dos regimes de produção e das modalidades de trabalho, bem como dos modelos de negócios, favoreça o progresso social e econômico e a promoção do trabalho digno;
- (ix) alcançar a redução e, futuramente, a eliminação da informalidade;
- (x) promover sistemas de governação da migração laboral e a mobilidade que respeitem integralmente os direitos dos trabalhadores migrantes e beneficiem os países de origem, trânsito e destino;
- (xi) intensificar a colaboração no âmbito do sistema multilateral, em consonância com o facto de este ter reconhecido que o trabalho digno é fundamental para o desenvolvimento sustentável e para a erradicação da pobreza, e tendo em conta que, em contexto de globalização, a não adoção de condições de trabalho humanas por qualquer país é, mais do que nunca, um obstáculo ao progresso em todos os outros países (OIT, 2019).

Entretanto, na vigente conjuntura econômica em nível mundial, haverá notória dificuldade para a concretização dos direitos humanos laborais pois “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (Bobbio, 2004, p. 43, grifo do autor). Então, em face de seu Centenário, a OIT reforçou os compromissos com a efetivação do trabalho digno no intuito de assegurar aos trabalhadores maior igualdade de oportunidades, havendo crescentes desafios a serem enfrentados no mundo do trabalho.

CONCLUSÃO

Após a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, a justiça social se converteu em preceito jurídico integrado aos seus instrumentos normativos internacionais, ganhando maior evidência no século XXI em razão de desafios, ainda mais complexos, para a concretude do trabalho digno em seus Estados-membros, sobretudo, em tempos pandêmicos e pós pandêmicos. Ante o centenário da OIT, é imperioso revisitar a concepção de justiça social à luz do “Espírito de Filadélfia” em razão de alterações profundas e sucessivas na legislação laboral brasileira e mundial em desfavor do trabalho digno.

No Brasil, houve a aprovação da “reforma” trabalhista (Lei nº 13.467/2017), da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) e, ainda, em pleno período pandêmico, do chamado “Direito do Trabalho de Emergência” que, na realidade, contribuíram para o aprofundamento da precariedade laboral. A pandemia mundial causada pelo coronavírus, a partir de fins de 2019, surpreendeu a humanidade, impactando profundamente a vida das pessoas, mormente nas relações de trabalho. No intuito de se respeitar o necessário isolamento e distanciamento sociais apregoados pelas autoridades públicas, as empresas adotaram o *home office* e o teletrabalho e outras preferiram suspender os contratos de trabalho ou reduzir as jornadas e os salários. Além disso, o uso intensivo e desvirtuado da tecnologia nas atividades laborativas permitiu a contratação de trabalhadores “plataformizados” por empresas que operam via aplicativos e mediante subordinação algorítmica, impondo extensas jornadas de labor com o pagamento de irrisórios salários por tarefa, destituindo-os dos direitos trabalhistas mínimos.

Esse estado de coisas se agravou com a pandemia, impulsionando o ajuizamento de diversas ações na Justiça do Trabalho a fim de questionar tais modalidades contratuais que colocaram os trabalhadores em maior vulnerabilidade social e econômica. Tal situação é deveras preocupante porque a

desproteção dos trabalhadores é evidente nas sucessivas alterações realizadas na legislação laboral no Brasil, não havendo o efetivo aumento dos postos de trabalho o que somente se dará com o controle da espiral inflacionária e a dinamização da economia através de medidas macroeconômicas efetivas em prol do crescimento e desenvolvimento econômicos sustentados, o que ainda não ocorreu.

Assiste-se a tempos de profundas incertezas para o mundo do trabalho, especialmente no Brasil porque a pandemia “chancelou” políticas econômicas e laborais de cunho neoliberal responsáveis pelo piora das condições de vida, subsistência e trabalho para os cidadãos na medida em que “[...] *la exposición de los individuos a los caprichos del mercado laboral y de bienes suscita y promueve la división y no la unidad; premia las actitudes competitivas, al tiempo que degrada la colaboración y el trabajo en equipo* [...]” (Bauman, 2009, p. 9). Portanto, as “reformas” trabalhistas realizadas no Brasil e o denominado “direito laboral de emergência” afrontaram o ideário de justiça social e os preceitos de proteção ao trabalho digno apregoados pela OIT, violando as diretrizes do “Espírito de Filadélfia” que se reafirmaram no centenário dessa organização internacional.

A Constituição brasileira de 1988 evidenciou o imperioso respeito à justiça, desde seu Preâmbulo, como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na solução pacífica dos conflitos a fim de salvaguardar o exercício dos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, bem como a garantia de acesso à tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável (Art. 5º, incisos XXXV, LXXIV e LXXVIII da CF). Tais preceitos se apresentam no Brasil como garantia da cidadania (Art. 1º, inciso II da CF) e do trabalho digno (Art. 1º, III e IV da CF), os quais são necessários para a construção de uma sociedade justa e solidária com a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo, desse modo, as desigualdades sociais e regionais (Art. 3º, incisos I e III da CF).

O preceito ético-jurídico da justiça social se coaduna com o princípio constitucional de *vedação ao retrocesso social*, impondo

que o legislador ordinário - na elaboração das normas infraconstitucionais - e os órgãos públicos - na concretização dessas normas - não possam restringir ou suprimir direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais laborais, havendo limites ao poder de livremente reformar a Constituição (Art. 60, § 4º, inciso IV da CF).

Portanto, as alterações realizadas na legislação laboral no Brasil nos últimos anos, dentre outras propostas em andamento, afrontam o ideário de justiça social e impedem a concretude do trabalho digno em desconformidade com as diretrizes da OIT reafirmadas em seu centenário aos seus Estados-membros e à comunidade internacional. Ao se impedir a concretude da justiça social, haverá uma justiça para os oprimidos e outra para as elites econômicas e políticas o que não se sustenta pelo pacto federativo e social adotado pelo país a partir da Constituição Cidadã.

O desafio premente, imposto ao Brasil e demais países membros da OIT, sobretudo da América Latina, será a concretude da justiça social num cenário de aumento de desemprego, de aprofundamento das desigualdades sociais e regionais e de ampliação da pobreza como reflexo de mais uma crise do capitalismo nesse início do século XXI. Para a superação de tais vicissitudes, faz-se mister novo pacto global em prol do ser humano e da justiça social a fim de implementar uma governança internacional que promova a inclusão social e a efetivação da sustentabilidade socioambiental.

Caso contrário, crises de diversas ordens ainda ocorrerão agravando, sobremaneira, as instabilidades ora vivenciadas, seja em nível local, regional ou global, para os povos e Estados. Então, será necessária significativa cautela nos caminhos a serem adotados pelos países integrantes da OIT para o enfrentamento dos problemas engendrados durante a pandemia e pós pandemia porque os fatos ocorridos na história não poderão ser esquecidos e nem apagados.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, R. A. R. de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. São Paulo: Alfa-Ômega, 2004.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BAUMAN, Z. **Globalização**: consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Z. **Tiempos líquidos**: vivir en una época de incertidumbre. Trad. Carmen Corral. Buenos Aires: Tusquets Editores, 2009.
- BELANDI, C. Taxa média de desemprego cai a 9,3% em 2022, menor patamar desde 2015. **Agência IBGE Notícias**, 28 fev. 2023.
- BERGEL, J-L. **Teoria geral do direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 13. ed. Brasília, DF: UnB, 2010.
- CARTA CAPITAL. "Os trabalhadores querem menos direitos e mais trabalho", diz Bolsonaro. **Carta Capital**, São Paulo, 25 out. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/os-trabalhadores-querem-menos-direitos-e-mais-trabalho-diz-bolsonaro/>.
- CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- DELGADO, G. N. A CLT aos 70 anos: rumo a um direito do trabalho constitucionalizado. **Revista do TST**, Brasília, v. 79, n. 2, p. 268-294, abr./jun. 2013.
- DELGADO, M. G. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- GAMBA, J. C. M.; MONTAL, Z. M. C. A eterna busca pela justiça: de Aristóteles a Chaim Perelman. **Revista Semina**: Ciências Sociais e Humanas, v. 29, p. 3-22, 2008.
- GAMBA, J. C. M. O princípio de justiça para a unidade sistêmica do direito internacional público contemporâneo. *In*: MENEZES, W.

(org.). **Direito internacional contemporâneo e seu fundamento**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 281-299.

LESSA, L. C. **Dicionário de Doutrina Social da Igreja**: Doutrina Social da Igreja de A a Z. São Paulo: LTr, 2004.

MARKY, T. **Curso elementar de direito romano**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, J. C. Perspectivas da integração regional laboral no MERCOSUL ante os reveses na proteção ao trabalho digno. **Brazilian Journal of Latin American Studies**, v. 17, n. 33, p. 127-147, jul./dez. 2018.

MARTINS, J. C. **Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização**: perspectivas para a América Latina. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Agenda Nacional de Trabalho Decente**. Brasília, DF: MTE, 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_226229/lang--pt/index.htm.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco: ONU, 1945.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Bogotá: OEA, 1948a.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá: OEA, 1948b.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e Declaração de Filadélfia**. Genebra: OIT, 1997. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa**. Lisboa: OIT, 2009. Disponível em: <http://www.oitcinterfor.org/node/5524>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho**. Genebra: OIT, 2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/r>

eports/reports-to-the-conference/WCMS_700629/lang--
es/index.htm.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Textos Adoptados, Conferencia Internacional del Trabajo, 110.ª Reunión.** Ginebra: OIT, 2022. Disponível em: <https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/110/reports/texts-adopted/lang--es/index.htm>.

ROSS, A. **Direito e justiça.** Trad. e Notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

SEN, A. **A ideia de justiça.** Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SUPIOT, A. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total.** Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SUSSEKIND, A. **Convenções da OIT e outros tratados.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

PARTE III

A ATUAÇÃO NORMATIVA DA OIT EM FACE DAS TRANSFORMAÇÕES SOCIOECONÔMICAS

TOMANDO A MEDIDA DE MUDAR A MOBILIZAÇÃO DO TRABALHO NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO DESPERTAR DA CRISE DA DÍVIDA SOBERANA¹

TAKING THE MEASURE OF CHANGING LABOUR MOBILIZATION AT THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION IN THE WAKE OF THE SOVEREIGN DEBT CRISIS

Claire Kilpatrick*

¹ Artigo originalmente publicado por Claire Kilpatrick, em 2019, em *International & Comparative Law Quarterly*, sob o título "Taking the measure of changing labour mobilization at the International Labour Organization in the wake of the EU sovereign debt crisis". Artigo traduzido por Ana Cristina Alves de Paula.

* Professora de Direito Internacional e Europeu do Trabalho e Social no *European University Institute*. Tenho muitas dívidas de gratidão. Agradeço a Ruwan Subasinghe, Diretor Jurídico Global da *International Transport Workers' Federation* (ITF) e outros representantes sindicais por seu envolvimento generoso com este projeto em evento do *European Trade Union Institute* (ETUI) sobre litígio estratégico em janeiro de 2018, e Zane Rasnača por organizar o evento. Agradeço à *International Labour Organization* (ILO) pela oportunidade de apresentar uma versão inicial deste documento no outono de 2016 e, em particular, a Konstantinos Papadakis, por seus insights sobre a assistência técnica da ILO na Grécia e em Chipre. Agradeço a Hannah Adzakpa, Liam McHugh-Russell e Veronica Pavlou pela excelente assistência na pesquisa. Agradeço a Joanne Scott por contribuições incrivelmente valiosas em vários estágios. Agradeço aos colegas da *European University Institute* (EUI) por comentarem um rascunho deste documento em um seminário do corpo docente, e a Judy Fudge e revisores anônimos pelos comentários e incentivo nas versões anteriores.

1. INTRODUÇÃO DA CRISE DO EURO E DA OIT

1.1 O Grupo da Dívida Soberana da UE como um novo local de interesse para a mobilização da OIT

As crises da dívida soberana da União Europeia (UE) transformaram-na num novo local de interesse para a mobilização dos direitos laborais e sociais. Pela primeira vez, foram as instituições da UE, em muitos casos juntamente com o Fundo Monetário Internacional (FMI), que exigiram essas mudanças abrangentes que rebaixaram os direitos sociais e laborais. A relação da UE com os direitos sociais e econômicos protegidos internacionalmente sofreu, portanto, uma mudança de orientação muito acentuada durante a crise do euro. O meu foco está nos nove Estados-membros da UE que tinham condições laborais e sociais específicas aplicadas pela UE e/ou FMI devido a fraquezas da dívida soberana. Estes são apresentados na Tabela 1 a seguir.

Estes incluem os sete com resgates totais – Chipre, Grécia, Hungria, Irlanda, Letônia, Portugal, Romênia – bem como Espanha e Itália, que tiveram formas distintas de condicionalidade social aplicadas por causa de fraquezas bancárias e soberanas. É importante notar que estes não são apenas Estados com moeda única. A crise da balança de pagamentos desencadeada pela crise financeira de 2007-2008 levou as condições do empréstimo UE-FMI a serem testadas na Hungria, Letônia e Romênia antes que a crise da dívida soberana da área do euro levasse a uma ampla ação da UE de maio de 2010 em diante². A Tabela 1 apresenta as datas em que a condicionalidade foi aplicada.

A duração da condicionalidade variou consideravelmente dentro deste grupo. A Hungria participou de um programa por apenas um ano, enquanto a Grécia participou de um programa por mais de oito anos. Também é importante notar que a intensidade e

² Para a base jurídica dessas medidas de dívida soberana, ver Beukers, De Witte e Kilpatrick (2017).

o alcance da condicionalidade social e laboral também variaram consideravelmente dentro do grupo. Isso explica minha decisão de me concentrar no período de 2010-2015, ao olhar para o sistema de supervisão da OIT. O período de 2010-2015 captura o epicentro da crise quando o maior número de Estados da UE experimentava os efeitos das condições de empréstimo da dívida soberana e é, portanto, a janela mais adequada para capturar os efeitos de mobilização alterados dentro da máquina de supervisão. Como a variação anual é menos significativa em relação às reclamações da OIT, para aquelas que considero o período completo de 2010-2018.

Tabela 1 – Grupo da Dívida Soberana da EU

Estado	Período	Forma de condicionalidade	Dos Estados da UE (bilhões de euros)	Envolvimento de IFI (bilhões de euros)
Hungria	nov. 2008-nov. 2009	Programa de dívida soberana	5.5	FMI: 9.1
Letônia	jan. 2009-jan. 2011	Programa de dívida soberana	2.9	FMI: 1.7
Romênia	maio 2009-jun. 2011	Programa de dívida soberana	5	FMI: 13 Banco Mundial: 1
Irlanda	nov. 2010-dez. 2013	Programa de dívida soberana	67.5	FMI: 22.5
Portugal	maio 2011-maio 2014	Programa de dívida soberana	78	FMI: 26
Chipre	maio 2013-mar. 2016	Programa de dívida soberana	9 (70% desembolsado)	FMI: 1
Grécia I	maio 2010-mar. 2012 (previsto até 2014)	Programa de dívida soberana	80	FMI: 30

Grécia II	mar. 2012 –jun. 2015 ³	Programa de dívida soberana	145	FMI: 19.8
Empréstimo o provisório à Grécia	jul. 2015	Programa de dívida soberana	7	Reembolso de atrasados do FMI
Grécia III	ago. 2015- ago. 2018	Programa de dívida soberana	85	FMI: Nenhum ⁴
Espanha	verão 2011	Condicionalidade de compra de títulos do BCE	41.3	Nenhum
	jul. 2012- dez. 2013	Programa de dívida soberana específico do setor bancário		
Itália	verão 2011	Condicionalidade de compra de títulos do BCE		Nenhum

É claro que outros Estados-membros da UE tiveram programas de austeridade e orçamentos significativos durante o mesmo período, principalmente o Reino Unido⁵. Por que então se concentrou no grupo de dívida soberana em vez de identificar um grupo de "austeridade" mais amplo de Estados da UE? Três razões interligadas estão subjacentes a esta escolha, todas relacionadas com a presença de requisitos da UE e internacionais para fazer alterações aos direitos sociais e laborais. Em primeiro lugar, ao contrário dos impulsos de austeridade doméstica, principalmente focados na consolidação

³ Programado até o final de 2014, estendido por causa das eleições vencidas pelo Syriza, em janeiro de 2015.

⁴ O FMI reteve o apoio até julho de 2017, quando, em princípio, aprovou o 1.6, sujeito às garantias da UE sobre o alívio da dívida grega. No entanto, o alívio da dívida limitado foi acordado pelo Eurogrupo apenas no final de junho de 2018.

⁵ Ver o recente relatório de Philip Alston (UN, 2018).

fiscal intensa e, portanto, tendo um maior impacto sobre os direitos sociais que exigem gastos do Estado, os requisitos do programa variam mais amplamente e normalmente têm um foco maior na reestruturação de regulamentações e instituições trabalhistas e sociais. Conseqüentemente, cortes rápidos nos gastos do Estado são apenas um de seus objetivos.

Em segundo lugar, a crise da dívida soberana destaca o papel central das instituições da UE, especialmente a Comissão e o BCE, como redatores, monitores e aplicadores das condições sociais e laborais aplicadas nestes Estados. Nunca antes estas instituições da UE estiveram no centro de acusações de violações graves dos direitos laborais e sociais. No entanto, a UE não é membro da OIT e apenas os Estados estão sujeitos às suas obrigações. Em terceiro lugar, além disso, o FMI é um jogador-chave nos sete Estados da UE com resgates totais. Todos esses recursos podem afetar a mobilização da OIT. Eles tornam mais provável que os programas visem os direitos trabalhistas e instituições. Sua fonte em instruções institucionais normativas do FMI e das instituições da UE pode afetar a resolução de mobilização contra eles. Finalmente, como são essas instituições ao lado ou mesmo ao invés dos Estados que são os principais alvos dos desafios, isso pode moldar as decisões e estratégias de mobilização.

1.2 A UE como aluna estrela na ratificação e supervisão

O contraste entre os Estados-membros da UE antes e depois do início dos requisitos de dívida soberana deve ser esclarecido. É o próprio contraste entre o bom histórico anterior dos Estados da UE em relação aos padrões da OIT e o desafio apresentado pela aplicação generalizada da dívida soberana ao trabalho e à condicionalidade social que torna esta análise interessante. Há um claro antes e depois que permite que sejam feitas comparações significativas na mobilização.

Ao comparar os Estados da UE com alguns comparadores proeminentes, fica claro por que os Estados da UE são

tradicionalmente vistos como “alunos-estrelas” (Maupain, 2013, p. 40-42) na OIT. A própria OIT identificou 12 das suas convenções como sendo de particular importância, oito fundamentais⁶ e quatro convenções de governança⁷ ou prioritárias e, juntamente com o número total de instrumentos vinculativos da OIT ratificados⁸, podem ser usados como referência para comparar os padrões de ratificação, como mostram as Tabelas 2 e 3 a seguir.

Estas mostram um padrão consistente de ratificação completa das oito convenções identificadas como fundamentais pelos Estados-membros da UE, bem como um nível muito elevado de ratificação das quatro convenções de governança, incluindo no grupo da dívida soberana destacado na tabela. Em comparação com os números da ratificação para outras economias avançadas e os BRICS⁹, apresentados na Tabela 3, os Estados-membros da UE são, de fato, alunos estrelas da OIT. Além disso, no sistema de supervisão,

⁶ As oito convenções fundamentais são: 1. Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção ao Direito de Sindicalização, 1948 (C87); 2. Convenção sobre o Direito de Organização e de Negociação Coletiva, 1949 (C98); 3. Convenção sobre o Trabalho Forçado, 1930 (C29); 4. Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado, 1957 (C105); 5. Convenção sobre a Idade Mínima, 1973 (C138); 6. Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, 1999 (C182); 7. Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (C100); 8. Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (C111).

⁷ As quatro convenções de governança são: 1. Convenção sobre a Inspeção do Trabalho, 1947 (C81); 2. Convenção sobre Política do Emprego, 1964 (C122); 3. Convenção sobre a Inspeção do Trabalho (Agricultura), 1969 (C129); 4. Convenção sobre a Consulta Tripartite sobre Normas Internacionais do Trabalho, 1976 (C144).

⁸ Pode-se perguntar qual é o número máximo total de convenções e protocolos da OIT ratificados para melhor avaliar o “sucesso” ou as “estrelas”. Uma resposta precisa a esta pergunta não é possível devido às dificuldades de revogar convenções obsoletas. De fato, pela primeira vez em sua história, em 2017, a Conferência Internacional do Trabalho revogou ou retirou seis convenções obsoletas, fazendo uso de uma emenda de 2007 à Constituição da OIT. No entanto, a análise da publicação de ILO (2014), mostra que a OIT identifica 72 convenções e protocolos como “vivas” hoje, o que pode ser usado como um *benchmark* global útil.

⁹ Para uma comparação mais ampla, Bob Hepple (2005, p. 35) observou que 60% dos Estados ratificaram menos de um quarto das convenções da OIT e mais de 20% dos Estados ratificaram menos de um quarto delas.

os Estados da UE normalmente levantam números comparativamente mais baixos de violações¹⁰ de direitos, em contraste com o padrão de preocupações¹¹ "complexas e generalizadas" identificadas pela OIT em certos Estados-membros durante a crise da dívida soberana da UE.

Tabela 2 – UE como região estrela para ratificações da OIT

Estado da UE / Ratificações	De 8 Convenções Fundamentais	De 4 Convenções de Governança	Número total de convenções e protocolos ratificados em vigor
Chipre	8	3	51
Grécia	8	3	51
Hungria	8	4	51
Irlanda	8	3	47
Itália	8	4	75
Letônia	8	4	42
Portugal	8	4	64
Romênia	8	4	38
Espanha	8	4	86
Áustria	8	3	44
Bélgica	8	4	72
Bulgária	8	4	64
Croácia	8	3	46

¹⁰ Embora uma análise recente (ou seja, dados de transição pós 1989) para a Europa não esteja prontamente disponível e seja altamente valiosa, um estudo de Edward Weisband (2000), medindo a conformidade em diferentes regiões do mundo, e analisando o número de observações por convenção entre 1964 e 1995, mostra naquele momento um melhor desempenho global da Europa (não da UE).

¹¹ Nas observações sobre a Grécia, o Comitê de Peritos entendeu: "a complexidade e a abrangência das medidas adotadas no âmbito do mecanismo de apoio, que afetam uma série de convenções da OIT ratificadas pela Grécia" (ILO, 2011).

República Tcheca	8	4	65
Dinamarca	8	4	53
Estônia	8	4	26
Finlândia	8	4	72
França	8	4	81
Alemanha	8	4	59
Lituânia	8	3	40
Luxemburgo	8	2	69
Malta	8	2	47
Holanda	8	4	67
Polônia	8	4	66
Eslováquia	8	4	70
Eslovênia	8	4	66
Suécia	8	4	66
Reino Unido	8	3	56

Tabela 3 – Estados de comparação para ratificações da OIT

Estado / Ratificações	De 8 Convenções Fundamentais	De 4 Convenções de Governança	Número total de convenções ratificadas em vigor
EUA	2	1	12
Canadá	8	2	22
Austrália	7	3	41
Japão	6	3	34
Brasil	7	3	80
Rússia	8	3	55
Índia	6	2	38
China	4	2	23
África do Sul	8	2	24

1.3 Apresentando atores e locais da OIT

Uma característica da OIT é que ela oferece vários espaços de mobilização, com uma gama de mecanismos de reclamação ao lado do sistema de supervisão. É bem conhecido que sindicatos e empregadores têm um lugar especial ao lado dos Estados na governança da OIT, com metade dos votos na Conferência Internacional do Trabalho (CIT) para definir novos padrões e no Conselho de Administração, o órgão executivo com 56 membros da OIT. Este é também o caso da supervisão e reclamações em que as organizações de trabalhadores e empregadores têm funções especiais.

1.3.1 Supervisão na OIT: o CEACR e a CAS

A função de supervisão regular da OIT é realizada por dois Comitês, os dois pilares vinculados do sistema de supervisão, ambos criados e em operação desde 1926: o Comitê de Peritos sobre a Aplicação das Convenções e das Recomendações (CEACR) e a Comissão de Aplicação das Normas da Conferência (CAS)¹². A função do Comitê de Peritos, composto por 20 juristas que se reúnem no final de cada ano, é fornecer uma avaliação imparcial e técnica da aplicação das normas internacionais do trabalho nos Estados.

¹² A base da Constituição da OIT para a supervisão é o Art. 23, que dispõe: “1. O Diretor-Geral apresentará à Conferência, na sessão seguinte, um resumo das informações e dos relatórios que, de acordo com os Artigos 19 e 22, lhe houverem sido transmitidos. 2. Os Estados-membros remeterão às organizações representativas, reconhecidas como tais, para os fins mencionados no Art. 3º, cópia das informações e dos relatórios transmitidos ao Diretor-Geral, de acordo com os Artigos 19 e 22”. A primeira criação e posterior elaboração dos órgãos de supervisão ao longo de quase um século nesta base constitucional é marcada pela inviabilidade e indesejabilidade de uma supervisão efetiva sendo realizado exclusivamente na formação plenária da Conferência Internacional do Trabalho.

Ele cumpre sua missão de várias maneiras – a mais central das quais é a produção de observações¹³ em um relatório anual contendo comentários sobre questões fundamentais levantadas pela aplicação de uma determinada convenção por um Estado. O CEACR opera com base não apenas em relatórios do governo¹⁴ (atualmente¹⁵ há um ciclo de relatórios do governo de 3 anos para as 12 convenções fundamentais e de governança e um ciclo de relatórios de 5 anos para todas as outras convenções ratificadas), mas também (potencialmente) contribuições do empregador e organizações de trabalhadores. O Art. 23 (2) da Constituição da OIT obriga os governos a enviar cópias de todos os relatórios sobre convenções ratificadas e não ratificadas às organizações de empregadores e de trabalhadores. A partir daí, desenvolveu-se uma prática por meio da qual essas organizações podem fazer as observações que desejarem, seja por meio de seu governo ou diretamente à OIT, que acusará o recebimento e enviará uma cópia ao governo¹⁶.

¹³ Ao examinar a aplicação das normas internacionais do trabalho, a Comissão de Peritos faz dois tipos de comentários: observações e solicitações diretas. Concentro-me nas observações porque, como afirma o Comitê, "as observações são geralmente usadas em casos mais sérios ou de longa data de incumprimento das obrigações". Os pedidos diretos referem-se a questões mais técnicas ou pedidos de mais informações. Eles não são publicados no relatório do Comitê, mas são comunicados diretamente aos governos envolvidos. Por esse motivo, não os uso para mapear a mobilização. O relatório anual do Comitê também inclui um breve Relatório Geral que descreve como ele tem feito seu trabalho e assuntos de interesse geral sobre o cumprimento de suas obrigações da OIT pelos Estados Membros, bem como, em uma parte separada, um Estudo Geral sobre uma série de OIT vinculados instrumentos como, por exemplo, tempo de trabalho ou segurança social.

¹⁴ Os governos são obrigados, de acordo com o Art. 22 da Constituição da OIT, a apresentar relatórios sobre convenções ratificadas e, (diferentemente) de acordo com o Art. 19 (5), sobre convenções não ratificadas.

¹⁵ Em 2009, o Conselho de Administração concordou em aumentar o ciclo de relatórios para convenções fundamentais e de governança de dois para três anos, começando em 2012.

¹⁶ Observando que a prática de observações de organizações de trabalhadores e empregadores não é claramente exigida pela Constituição da OIT no Art. 23, juntamente com o amplo entendimento de 1986 de que as organizações de

Vale a pena sublinhar que nos últimos vinte e cinco anos houve um notável aumento do número de observações de organizações de trabalhadores ao CEACR¹⁷. Além disso, o procedimento do Escritório da OIT em relação às obrigações visa garantir que as organizações nacionais de trabalhadores e empregadores recebam cópias dos comentários relevantes dos órgãos de supervisão e pedidos de relatórios, de modo que isso também possa encorajar a subsequente participação do empregador ou da organização de trabalhadores. De fato, o CEACR e a CAS enfatizam regularmente o valor de tais comentários de organizações de empregadores e trabalhadores como um meio de auxiliá-los, em particular, na avaliação da aplicação efetiva das convenções ratificadas.

O Comitê de Peritos tem uma série de maneiras de expressar suas preocupações¹⁸. Uma delas é a própria decisão de fazer uma observação sobre uma determinada convenção. Outros são explorados posteriormente nesta análise. No entanto, um meio institucional especial de sinalizar preocupação deve ser destacado. Este é o uso de "notas de rodapé" ou notas especiais como uma característica essencial da operação do CEACR. As notas de rodapé podem especificar uma exigência de relatório anterior para o Comitê de Peritos (chamada de nota de rodapé única) ou, adicionalmente, pedir ao governo que forneça detalhes completos sobre o assunto para a próxima Conferência Internacional do Trabalho (chamada de

trabalhadores poderiam fazer observações (ou seja, não apenas as mais representativas referidas no Art. 23 (2) da Constituição da OIT), Maupain (2013b, p. 117-130) sugere que isso teve o efeito de "substituir" a realização de representações. O último mecanismo de reclamação é discutido abaixo.

¹⁷ Maupain (2013b) observa que em 1993 houve algumas observações ao CEACR e, posteriormente, "uma explosão" com 1.116 em 2011. Uma análise mais aprofundada explorando esse aumento mais plenamente seria altamente produtiva do ponto de vista da mobilização.

¹⁸ Ressalte-se que o sistema de supervisão também destaca os Estados por motivos positivos, observando os casos de progresso, satisfação e interesse. Esses não são o foco da minha análise.

nota dupla¹⁹). A existência de observações, principalmente aquelas contendo notas de rodapé²⁰, da Comissão de Peritos²¹ é fundamental para o segundo pilar do sistema de fiscalização, a CAS.

¹⁹ Os critérios de aplicação das notas de rodapé são estabelecidos pelo Comitê de Peritos em seu Relatório Geral de cada ano da seguinte forma, com a diferença na decisão de emitir uma nota de rodapé única ou dupla sendo de grau:

- a gravidade do problema; a esse respeito, o Comitê enfatiza que uma consideração importante é a necessidade de ver o problema no contexto de uma convenção específica e levar em consideração questões que envolvem direitos fundamentais, saúde, segurança e bem-estar dos trabalhadores, bem como quaisquer aspectos adversos impacto, inclusive em nível internacional, sobre os trabalhadores e outras categorias de pessoas protegidas;
- a persistência do problema;
- a urgência da situação; a avaliação de tal urgência é necessariamente específica a cada caso, de acordo com critérios padrão de direitos humanos, tais como situações de risco de vida ou problemas onde danos irreversíveis são previsíveis; e
- a qualidade e o alcance da resposta do governo em seus relatórios ou a ausência de resposta às questões levantadas pelo Comitê, incluindo casos de recusa clara e reiterada por parte de um Estado em cumprir suas obrigações.

²⁰ O Comitê de Peritos toma a posição, conforme estabelecido em seu Relatório Geral de cada ano, “que exerce moderação em seu recurso a ‘notas duplas’ em deferência às decisões do Comitê da Conferência quanto aos casos que deseja discutir”.

²¹ Um exemplo de observação da crise do euro contendo uma nota de rodapé dupla serve para ilustrar. Uma longa observação foi dirigida à Grécia em 2013 sobre a C102. A observação inclui declarações como “o Comitê observa que os limites e salvaguardas existentes são amplamente insuficientes para prevenir a pobreza na velhice: o relatório sobre a Convenção indica que as taxas de pobreza relativa e privação material para pessoas com mais de 65 anos pioraram mais do que para população em média, e que esse fenômeno requer monitoramento. O Comitê espera que o Governo compreenda que o objetivo de monitorizar a pobreza é reduzi-la, o que não pode ser alcançado por novos cortes nas pensões”. A observação termina com uma frase destacada em negrito vermelho: *[Solicita-se ao Governo que forneça detalhes completos à Conferência em sua 103ª Sessão e responda em detalhes aos presentes comentários em 2014]*. Esta é uma nota de rodapé dupla, já que o governo grego deve relatar ao Comitê de Peritos (nota de rodapé individual), bem como para fornecer detalhes completos para a próxima Conferência Internacional do Trabalho.

CAS é a Comissão de Aplicação das Normas da Conferência, uma grande²² comissão tripartida de membros do governo, trabalhadores e empregadores. A CAS seleciona 24 ou 25 casos individuais²³ com base nas cerca de 700 observações do CEACR produzidas a cada ano para discussão tripartite. Com base nessas discussões, a comissão produz conclusões que podem recomendar medidas específicas por parte dos Estados para remediar um problema ou para convidar missões da OIT ou assistência técnica²⁴. Situações de especial preocupação são destacadas em parágrafos especiais de seu Relatório Geral. O relatório da CAS é submetido à Conferência Internacional do Trabalho de junho para discussão em sessão plenária. Como Swebston, um ex-oficial de alto nível da OIT, observa, os dois Comitês têm uma relação complementar em vez de hierárquica com a CAS, acrescentando “um elemento público e político de discussões diretas com governos selecionados em um ambiente tripartido para coletar informações adicionais e exercer pressão adicional sobre eles em um ambiente público para implementar as convenções que eles ratificaram. Cada Comitê baseia seu trabalho em grande parte no outro, de forma circular e complementar” (Swebston, 2013, p. 202-203).

1.3.2 Mecanismos de reclamações da OIT usados na crise do euro

O mecanismo de supervisão não esgota os sindicatos de locais da OIT a que podem recorrer. Dois mecanismos de reclamação da OIT foram ativados no período de crise na Europa: Representações e

²² Tem mais de 230 membros, bem como membros suplentes. Embora o comitê seja permanente, seus membros e aqueles que ocupam suas funções principais são escolhidos a cada ano.

²³ A redução da lista de casos de 25 para 24, em 2015, é contestada e lamentada pelos trabalhadores membros da CAS.

²⁴ Ver mais em ILO (2011b).

o Comitê de Liberdade Sindical²⁵. Nos termos dos Artigos 24 e 25 da Constituição da OIT de 1919, as associações de empregadores ou de trabalhadores podem apresentar ao Conselho de Administração da OIT uma representação contra qualquer Estado-membro que, em sua opinião, “não tenha garantido em qualquer aspecto a observância efetiva” de qualquer convenção ratificada. O Corpo Governante pode estabelecer um comitê tripartido de três membros para examinar a representação, criar um relatório para o Corpo Governante sobre fatos e leis e fazer recomendações. O Comitê de Liberdade de Associação (CLA) é um comitê especial do Conselho de Administração criado em 1951 para reclamações sobre violações da liberdade de associação (independentemente de os Estados terem ratificado ou não as principais Convenções nº 87 e 98). Seu presidente independente e três representantes de cada empregador, trabalhador e representantes do governo decidem sobre os fatos e se existe uma violação. Seu relatório, emitido por meio do Conselho de Administração, recomenda como a situação poderia ser remediada.

2. MEDINDO AS MUDANÇAS NA MOBILIZAÇÃO NA OIT DURANTE A CRISE DO EURO

Um desafio central na medição das mudanças na mobilização é orientado por dados: o que pode e deve ser medido e como identificar as mudanças na mobilização na OIT e as mudanças que a mobilização traz para os locais? A orientação fundamental que parece mais produtiva adotar em tal medição é comparar o

²⁵ Um procedimento mais especial é uma reclamação feita por delegados à CIT, que será considerada pelo Conselho de Administração da OIT e que pode levar à criação de uma Comissão de Inquérito (Art. 26 da Constituição da OIT). Como esta é uma via mais excepcional, e não era usada na Europa desde o ano 2000, não a considero mais detalhadamente nesta análise. Exemplos de queixas recentes incluem: Qatar (2014) sobre trabalho forçado (C029) e inspeção do trabalho (C081), e uma série de liberdade de associação e / ou direito de organizar queixas no Zimbábue (2010), Mianmar (2010), Guatemala (2012) e Fiji (2013), e uma ampla série de queixas contra a Venezuela (2015, 2016).

epicentro da crise com o período anterior (isto é, uma comparação antes / depois). No entanto, desenvolver esse método não é simples. Uma boa parte da minha análise experimenta e testa várias formas de medir ou rastrear a mobilização por meio dos sistemas de supervisão e reclamações da OIT. Também envolve o uso de números e tabelas que fogem do formato de prosa de muitos estudos jurídicos. Eu testo várias maneiras principalmente quantitativas de identificar e medir a mobilização da crise do euro em torno dos possíveis locais oferecidos pelo sistema da OIT.

Em última análise, a análise mostra como certas medições, combinadas com inquéritos e entrevistas de acompanhamento adequadas, sugerem atores conhecedores que colaboram a nível nacional e transnacional para se mobilizar contra a Europa em crise numa série de locais da OIT. Minha principal conclusão, portanto, é que certas medições iluminam como a crise do euro constituiu um gatilho para novas quantidades e tipos de mobilização na OIT.

2.1 A crise da Europa no CEACR

Uma forma poderosa de mostrar a diferença que um enfoque na mobilização faz é indagar de antemão que diferença a crise europeia fez para as atividades de supervisão do Comitê de Peritos. Primeiro mapeei todas as observações do CEACR entre 2010 e 2015 nos nove Estados em crise do euro. Cinquenta e três convenções diferentes foram objeto de observações nestes nove Estados-membros da EU, em 2010-2015, e há 242 observações no total. Como esses números podem ser avaliados? A Tabela 4 compara o número de observações nesses Estados durante o período de seis anos anterior ao período da crise do euro de 2010-2015 para ver se podemos notar quaisquer diferenças importantes.

Tabela 4 – Observações do CEACR antes e durante a crise do Euro

CEACR – Observações por Estado	2004-2009	2010-2015
Chipre	16	11
Grécia	26	53
Hungria	12	17
Irlanda ²⁶	9	28
Itália	25	23
Letônia	20	10
Portugal	31	33
Romênia	28	20
Espanha	37	47
Total	204	242
Média	22.7	27

Isso nos diz que essa comparação quantitativa direta fornece indicações bastante limitadas de que a crise do euro foi sentida no sistema de supervisão. Houve um aumento no número médio anual de observações de 22,7 no período pré-crise para 27 no período de crise. No entanto, a tabela demonstra que existem variações importantes dentro do grupo de Estados do programa de dívida soberana. Enquanto em alguns Estados as observações dobraram (Grécia) ou mais do que triplicaram (Irlanda), em outros diminuíram (Chipre, Letônia). Portanto, a tabela certamente não evidencia uma

²⁶ A Irlanda, de forma muito incomum para um Estado da UE, deixou de cumprir suas obrigações de apresentação de relatórios por um longo período de 2002 em diante. Isso afetou a natureza das observações que lhe foram dirigidas.

transformação generalizada em como a crise da dívida soberana da UE afetou a avaliação dos Estados pelo CEACR. Se pararmos aqui, poder-se-ia concluir que o sistema de supervisão da OIT foi, na melhor das hipóteses, modestamente afetado pelas mudanças dramáticas nos direitos sociais provocadas pela condicionalidade dos empréstimos da dívida soberana.

No entanto, sondar ainda mais elicia respostas mais ricas. Uma via é definir o grupo da dívida soberana da UE dentro da UE-28. Isso nos permite ver se as mudanças no número de observações antes e durante a crise diferem de maneiras significativas. Isso é feito na Tabela 5.

Tabela 5 – Comparando a UE-28 e o grupo da dívida soberana da UE no CEACR

	UE-28	UE dívida soberana-9
Média anual de observações durante a crise	19.6	27
Tendência de observações antes e durante 2010-2015	Abaixo 606 (2004-2009) 548 (2010-2015)	Acima 204 (2004-2009) 242 (2010-2015)

No geral, podemos ver que o número de observações durante a crise aumentou nos Estados com dívida soberana (de 204 para 242), mas diminuiu em toda a UE (de 606 para 548). Embora não seja uma grande diferença, mostra que a direção da viagem diferiu para a crise do euro e outros Estados da UE. E embora o número médio anual de observações para todos os Estados da EU, em 2010-2015, seja de 19,6 observações para os Estados com dívida soberana, é de 27 observações. A definição do grupo de dívida soberana dentro da UE-28 indica, portanto, tendências que indicam uma interação diferente do grupo de dívida soberana com o sistema de supervisão da OIT durante a crise do euro.

Mais importante, podemos perguntar, olhando para trás na Tabela 4, por que a Espanha e Portugal têm registros tão "ruins" de observações em ambos os períodos de tempo em comparação com,

digamos, Chipre e Letônia. Um caminho importante para responder é considerar os canais pelos quais o CEACR obtém suas informações. Em outras palavras, o que importa é descobrir o que produz uma observação, em vez de simplesmente contar aqueles que resultam. Esta é a chave para vincular supervisão e mobilização. Conforme observado acima, ao introduzir a supervisão da OIT, além dos relatórios do governo, o CEACR também pode receber observações de organizações de trabalhadores e empregadores. Rastrear as organizações de trabalhadores parece o caminho mais promissor para investigar as mudanças na mobilização durante a crise do euro. O que surge quando as observações da organização de trabalhadores ao CEACR são mapeadas em Estados de dívida soberana?

Tabela 6 – Observações da organização de trabalhadores ao CEACR antes e durante a crise europeia

Observações dos trabalhadores para o CEACR	2004-2009	2010-2015
Chipre	2	0
Grécia	10	57
Hungria	9	8
Irlanda	3	4
Itália	39	32
Letônia	6	15
Portugal	22	50
Romênia	22	35
Espanha	14	120
Total	127	321
Média	14.1	35.6

A Tabela 6 mostra um salto muito significativo nas observações dos trabalhadores, impulsionado por picos dramáticos no número de observações enviadas de certos Estados de dívida soberana. Os números da Letônia, Portugal e Romênia mostram aumentos substanciais (o dobro ou quase o dobro), enquanto aumentos exponenciais (cinco ou dez vezes) ocorreram na Grécia e na Espanha. Em um terceiro grupo, contendo Chipre, Hungria e Irlanda, os números permaneceram baixos. Estes são os principais dados de mobilização, mostrando os sindicatos voltados para o sistema de supervisão da OIT com muito mais observações na crise. Se adicionarmos quem fez as observações, outras informações interessantes emergem. Uma mudança notável nos Estados com a maioria das observações dos trabalhadores na crise do euro, Grécia e Espanha, foi a participação mais ampla de mais organizações nacionais de trabalhadores. Assim, na Grécia, embora a Confederação Geral do Trabalho Grega (CCTG) tenha sido o participante mais ativo, os sindicatos setoriais gregos também fizeram observações²⁷.

Na Espanha, o pequeno número de observações pré-crise feitas pela CSCO (Confederação Sindical das Comissões Operárias) tornou-se uma enxurrada de observações tanto delas quanto da UGT (União Geral dos Trabalhadores), bem como intervenções repetidas (em 2011, 2012, 2014 e 2015) da CSI sobre as Convenções nº 87 e 98. Os sindicatos setoriais combinaram forças a nível nacional e internacional para apresentar observações conjuntas, como a Federação Internacional dos Trabalhadores em Transporte (ITF) e a Federação Pan-helénica dos Marinheiros. E as federações sindicais globais – a Confederação Sindical Internacional (CSI) e a Federação Mundial de Sindicatos – também fizeram observações sobre a Grécia²⁸.

²⁷ Como dois sindicatos que representam os inspetores de segurança e saúde ocupacional e do trabalho e a Federação Grega de Sindicatos de Bancários.

²⁸ Circunstâncias especiais podem alterar o uso sindical do sistema de supervisão: isso poderia explicar, por exemplo, a interrupção repentina em 2015 das observações

Embora não devamos buscar nenhuma correspondência direta ou mecânica entre o CEACR e as observações dos trabalhadores, já que o CEACR também atua com base em relatórios do governo (e, quando feitos, observações da organização empregadora), podemos justapor trabalhadores e observações do CEACR de maneira produtiva, conforme mostrado na Tabela 7 a seguir. Isso sugere uma hipótese que vale a pena explorar: que um sinal de um sistema de supervisão saudável e vibrante, especialmente quando alertado por desenvolvimentos de crise, é quando as observações do trabalhador excedem as observações do CEACR (aqui, por exemplo, Itália), enquanto as observações do CEACR são mais altas do que as entradas do trabalhador (aqui, por exemplo, no Chipre, Hungria e Irlanda) merece uma investigação mais aprofundada para descobrir as razões para tal²⁹.

A este respeito, é importante notar que na Grécia, Portugal, Letônia, Romênia e Espanha, a ordem foi invertida durante o período de crise, de modo que durante a crise havia mais observações de trabalhadores do que observações de CEACR, enquanto antes da crise havia mais CEACR do que observações do trabalhador.

dos trabalhadores da Grécia após a eleição do Syriza como o partido do governo em janeiro desse ano?

²⁹ Algumas respostas foram propostas por dirigentes sindicais irlandeses e húngaros em um workshop do Instituto Europeu de Sindicatos, em janeiro de 2018, onde esses dados foram apresentados. O representante do sindicato irlandês afirmou que se considerava que outras estratégias industriais seriam mais produtivas na resolução de questões laborais do que apresentar observações à OIT. Ela rejeitou a hipótese de que o fracasso da Irlanda em cumprir suas obrigações de apresentação de relatórios da OIT durante um longo período afetou os cálculos sindicais. O representante do sindicato húngaro afirmou que não havia observações dos trabalhadores dos sindicatos húngaros porque a prática lá era para a entrada tripartida no relatório do governo em vez do uso por empregadores e organizações sindicais de seu direito de apresentar observações separadas à OIT. Ao mesmo tempo, os sindicatos húngaros tiveram a "válvula de segurança" de recorrer à CSI para solicitar observações e, de fato, a CSI fez observações sobre a Hungria no período de crise.

Tabela 7 – Observações do trabalhador e CEACR mapeadas juntas

	CEACR 2004-2009	Trabalhador 2004-2009	CEACR 2010-2015	Trabalhador 2010-2015
Chipre	16	2	11	0
Grécia	26	10	53	57
Hungria	12	9	17	8
Irlanda	9	3	28	4
Itália	25	39	23	32
Letônia	20	6	10	15
Portugal	31	22	33	50
Romênia	28	22	20	35
Espanha	37	14	47	120

Essas medições sugerem que a crise ativou organizações de trabalhadores em vários Estados para usar o sistema de supervisão. É lamentável que, ao contrário dos relatórios-sombra produzidos por ONGs no sistema de supervisão de Direitos Humanos da ONU, as observações de organizações de trabalhadores e empregadores não sejam tornadas públicas no sistema da OIT, pois isso forneceria uma linha produtiva de investigação, permitindo rastrear a influência que as observações dos trabalhadores tiveram sobre as observações do CEACR. No entanto, mostrei que o material público pode ser medido de forma a permitir o rastreamento das mudanças de mobilização no sistema de supervisão. Contudo, o que não fica claro a partir dessas medições é se essas foram decisões de mobilização independentes e não conectadas em cada Estado da Europa em crise ou se alguns elementos de uma estratégia transnacional estavam presentes.

2.2 Evidência preliminar de uma estratégia de mobilização transnacional

As medidas de mobilização da supervisão da OIT sugerem que as entrevistas de acompanhamento poderiam extrair ainda mais informações, sobre as decisões de enviar observações da organização de trabalhadores e sobre as ligações entre o sindicato nacional e as confederações internacionais na abordagem do CEACR e do CAS. Uma dessas entrevistas, com o oficial jurídico global da FITT (Federação Internacional dos Trabalhadores em Transporte)³⁰, sugere elementos de uma estratégia transnacional. Ele observa a presença clara de uma estratégia internacionalmente acordada entre os sindicatos, impulsionada pelo reconhecimento compartilhado de que a natureza UE-FMI dos requisitos do programa para a crise do euro os tornou uma prioridade global de desafio. Embora os sindicatos em Estados de dívida soberana fossem livres para escolher qual (se houvesse alguma), rota de mobilização da OIT tomar, quando essa rota foi tomada, houve uma decisão estratégica de projetar observações dos trabalhadores para destacar a gravidade ou seriedade do assunto (ou seja, reformas regressivas) para o Comitê de Especialistas de forma combinada.

Uma primeira característica institucional que favorece uma estratégia transnacional é a natureza anual do processo em um episódio de crise que se espalha por vários anos. O que é acordado e aprendido no primeiro ano pode alimentar o processo de supervisão no próximo. A segunda característica institucional crucial que promove a transnacionalização da mobilização no sistema de supervisão da OIT é a necessidade de um acordo tripartite sobre um número limitado de casos de todas as observações do CEACR para avançar para a CAS. Isso faz com que as organizações de trabalhadores de todo o mundo tenham que concordar com as

³⁰ Ruwan Subasinghe, Diretor Jurídico Global, ITF, Bruxelas, em 11 de janeiro de 2018, e demais acompanhamentos por e-mail. Sou extremamente grata a ele por seus *insights* e interesse no projeto.

prioridades estratégicas. Em março ou abril do ano seguinte ao relatório de dezembro do Comitê de Peritos, o *caucus* da CSI se reúne para redigir a longa lista de casos que deseja submeter à consideração da CAS em junho. Cada região global traz sua lista de desejos: nessas reuniões, foi acordado que os Estados com dívida soberana da UE deveriam ser uma prioridade, uma decisão apoiada pela decisão estratégica anterior de obter o envolvimento apropriado do Comitê de Peritos para esses Estados.

É claro que essa lista de desejos do sindicato deve fazer parte das negociações tripartites antes de se tornar um dos 25 ou mais casos individuais considerados pelo CAS. No entanto, este relato do sistema de supervisão da OIT mostra onde e por que os elementos de uma estratégia transnacional podem ser promovidos e desenvolvidos. O porquê do acordo transnacional sobre a crise na Europa como uma prioridade foi baseado no envolvimento da UE e do FMI em vários Estados.

2.3 Os Resultados da Mobilização no CEACR

O CEACR tem uma série de maneiras de expressar preocupações em suas observações. Para criar os dados na Tabela 8, medimos apenas aqueles, na extremidade mais negativa do espectro: expressões de pesar (profundo) ou preocupação destacadas pelo próprio CEACR (colocando em negrito) e a decisão do Comitê de emitir notas de rodapé, requerendo um relatório prévio ao CEACR (nota de rodapé única) ou também requerendo (nota de rodapé duplo) que o governo forneça detalhes à Conferência Internacional do Trabalho. Existem 76 dessas avaliações mais negativas em, como observado anteriormente, um total de 242 observações. A Irlanda é uma exceção, pois suas avaliações negativas também estão relacionadas ao não cumprimento de suas obrigações de relatório. Novamente, os Estados se dividem em três grupos. Existem aqueles sem notas de rodapé, mas também com pouca ou nenhuma mobilização sindical nacional em torno do CEACR (Chipre e Hungria). Na outra extremidade do espectro estão a Grécia e a Espanha, onde

números excepcionalmente altos de avaliações negativas e notas de rodapé se alinham com um número muito alto de observações dos trabalhadores. No meio estão aqueles Estados com níveis baixos a moderados de observações e avaliações negativas dos trabalhadores (Letônia, Itália, Romênia, Portugal).

Também podemos ver, olhando para as convenções que atraem as avaliações mais negativas, um agrupamento claro em torno de seis convenções da OIT, apresentadas na Tabela 8 a seguir. A maior preocupação foi expressa em relação às Convenções sobre o Direito de Organização e Negociação Coletiva (C98) e a Política de Emprego (C122). A proteção dos salários (C95) e da segurança social (102) também foram um foco central, com a inspeção do trabalho (C81) e a liberdade de associação (C87), também atraindo a atenção do CEACR. A crise moldou esses resultados. A crise e a situação da dívida soberana deste grupo são repetidamente mencionadas nas observações do CEACR. Das 13 observações dirigidas à Grécia em 2011, todas, exceto uma, continham uma nota de rodapé. A natureza interligada dos dois estágios no sistema de supervisão nos permite rastrear como tais preocupações alimentaram o estágio CAS.

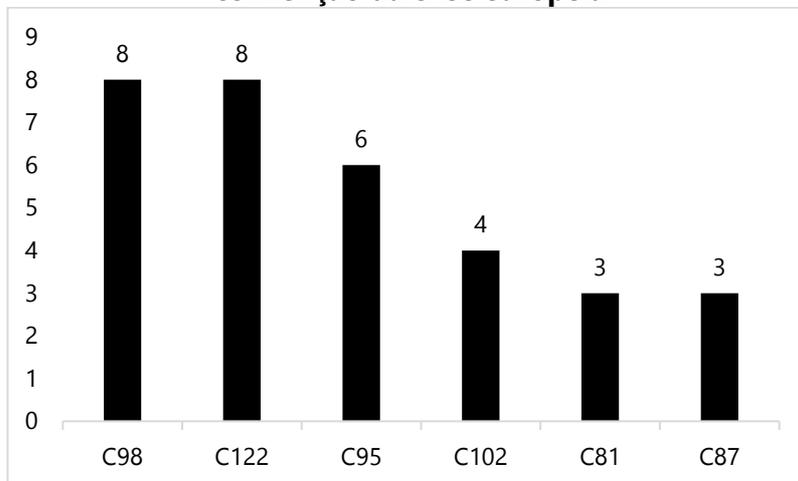
Tabela 8 – Avaliações Negativas do CEACR nas Observações da crise europeia 2010-2015 por Estado

	Avaliações negativas totais	De quais notas de rodapé³¹
Chipre	1	0
Grécia	33	21
Hungria	0	0
Irlanda	13	3
Itália	3	2
Letônia	1	1
Portugal	5	5

³¹ Todas as notas de rodapé, exceto uma, são individuais. A nota de rodapé dupla é dirigida à Grécia, em 2013, em relação à C102.

Romênia	4	2
Espanha	16	13

Figura 1 – Principais avaliações negativas no CEACR pela convenção da crise europeia



2.4 Crise na CAS

Cerca de 25 casos individuais são selecionados pela CAS a cada ano, com base nas observações do CEACR, para debate e conclusões. Durante a crise na Europa, o uso desta via foi prejudicado por uma crise paralela nesta parte do sistema de supervisão da OIT. Por causa da objeção do empregador ao direito de greve ser coberto pela supervisão da OIT, esta parte do sistema de supervisão enfrentou dificuldades durante este período. Ele quebrou inteiramente em 2012 e parcialmente em 2014. No entanto, os dados nos dizem que a crise europeia foi claramente identificada como um problema pelo CAS: com exceção da Croácia, cada Estado da UE selecionado como um caso individual, em 2011-2015, foi um Estado de crise de Euro. Além disso, as convenções selecionadas para enfoque, negociação coletiva (C98), padrões mínimos de previdência social (C102) e política de emprego (C122) também sinalizam questões especiais de

crise. Além disso, podemos perceber a forte ligação entre aquelas convenções com maior número de avaliações negativas do CEACR³² e a seleção de casos individuais pela CAS.

Tabela 9 – CAS e crise europeia 2011-2015

CAS 2011	Grécia C98 Romênia C98
CAS 2012	Crise na OIT, nenhuma lista de casos individuais acordada
CAS 2013	Grécia C098 Espanha C122
CAS 2014	Croácia C98 Grécia C102 Portugal C122 Crise na OIT, lista de casos individuais acordados, mas nenhuma conclusão pôde ser acordada
CAS 2015	Espanha C122 Itália C122

As várias formas como medimos o sistema de supervisão: comparando as observações do CEACR antes e durante a crise; comparando a crise na Europa com as observações da UE-28; rastreando as observações dos trabalhadores e mapeando-as nas observações do CEACR; e ao ver como as preocupações dos trabalhadores e do CEACR, por sua vez, alimentam a segunda fase de supervisão na CAS, fornecem evidências convincentes de que a crise mudou a mobilização e criou mudanças no sistema de supervisão.

2.5 Mecanismos de reclamações da OIT e crise europeia

As representações foram uma via importante e notável na Romênia, Espanha e Portugal quando comparadas com a utilização

³² Nas 242 observações dirigidas ao grupo de dívida soberana da UE pelo CEACR, em 2010-2015, há 194 menções específicas de "crise" e 226 referências mais amplas de "crise" ou dívida soberana.

pré-crise desta via³³. Os sindicatos romenos fizeram as suas primeiras representações em 2016 e 2017, sobre a não observância da Convenção para a Proteção do Salário (C95) e da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão) (C111)³⁴. Quatro representações vieram da Espanha³⁵ e de Portugal³⁶ depois de 2010,

³³ Tanto nesses Estados específicos quanto quando comparada com a utilização mais ampla dessa avenida nas últimas décadas. Maupain (2013b, p. 135) observa que normalmente há apenas uma a cinco representações a cada ano e atribui essa marginalização à nova abertura institucional e subsequente preferência para fazer observações dos trabalhadores ao CEACR.

³⁴ Romênia: Relatório do Comitê criado para examinar a representação alegando não observância pela Romênia da Convenção para a Proteção do Salário, 1949 (nº 95), feita nos termos do Art. 24 da Constituição da OIT pela Federação dos Sindicatos Livres das Indústrias Químicas e Petroquímicas (FSLIQP) (GB.327/INS/6/1) (GB.330/INS/7/1); Representação alegando não observância pela Romênia da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (nº 111), feita nos termos do Art. 24 da Constituição da OIT pela Federação de Sindicatos de Patologistas Romenos (FSPR) (GB.331/INS/19/2). Este último não foi considerado recebível pelo GB.

³⁵ Espanha: Representação de 2014 pela UGT e CC.OO alegando não observância pela Espanha da Convenção sobre Fixação de Salários Mínimos (C131) (Relatório do Comitê: GB.322 / INS / 14/8; GB.329 / INS / 20/4; Representação de 2014 pela Associação Profissional do Fórum Judicial Independente alegando não observância da Convenção sobre o Repouso Semanal (Comércio e Escritórios) (C106) (Relatório do Comitê: GB.322/INS/14/7; GB.328/INS/17/9); Representação de 2012 por CC.OO e UGT alegando não observância da Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho (C158) (Relatório do Comitê: GB.316 / INS / 16/5; GB.317 / INS / 13/6; GB.321 / INS / 9/4); Representação de 2011 pela Federação Nacional das Associações de Subinspetores de Trabalho e Segurança Social alegando não observância da Convenção sobre a Inspeção do Trabalho (C081) (Relatório do Comitê: GB.312/INS/16/5; GB.321/INS/9/2).

³⁶ Portugal: Representação de 2014 da Federação Nacional dos Sindicatos dos Trabalhadores nos Serviços Públicos e Sociais alegando incumprimento da Convenção sobre Trabalho Forçado (C029) e da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão) (C111) (Relatório do Comitê: GB.322 / INS/14/4); Representação de 2013, pelo Sindicato dos Inspetores do Trabalho, alegando não observância da Convenção sobre a Inspeção do Trabalho (C081), da Convenção sobre a Inspeção do Trabalho (Agricultura) (C129) e da Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores (C155) (Relatório do Comitê: GB.319 / INS/15/6; GB.324 / INS/7/5); Representação de 2013 por vários sindicatos de estivadores, carregadores e estivadores alegando não observância da Convenção sobre o

quando os sindicatos desses países não usavam essa via há décadas. As dez representações vieram de muitos sindicatos diferentes e cobrem uma ampla gama de assuntos, incluindo fixação de salários, inspeção do trabalho e rescisão do contrato de trabalho. Conseqüentemente, uma mudança na mobilização é evidente no uso de representações na crise europeia

Ao mesmo tempo, as representações também ilustram o uso variável de locais da OIT em Estados de crise, já que a via de representação não foi usada, mesmo em Estados com mobilização de crise ativa. O mais impressionante é que não houve representações gregas.

Tabela 10 – Crise europeia e o CLS de 2010 em contraste com o recurso anterior, com as reclamações focadas na crise destacadas em negrito³⁷

Estado	Grécia	Hungria	Irlanda	Itália	Portugal	Romênia	Espanha
Casos do CLS de 2010	Caso 2820 (21 out. 2010)	Caso 2777 (5 ago. 2010)	Caso 2780 (4 maio 2010)	Caso 2953 (31 maio 2012)	Caso 3072 (1 jun. 2014)	Caso 3182 (31 jul. 2015)	Caso 2759 (19 jan. 2010)
	Caso 2838	Caso 2775 (3 mar. 2010)				Caso 3129 (8 jan. 2015)	Caso 2785 (3 jun. 2010)

Trabalho Portuário (C137) (Relatório do Comitê: GB.319 / INS / 15/4; GB.324 / INS / 7/8); Representação de 2011 pela Associação Ocupacional de Policiais Profissionais, alegando não observância da Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores (C155) (Relatório do Comitê: GB.311/10/3; GB.319/INS/14/8).

³⁷ Chipre e Letônia não apresentaram queixas. Embora Chipre tenha se envolvido com a CLS no passado, nenhuma reclamação foi apresentada desde 2000. A Letônia apresentou apenas uma reclamação em 1996.

(10 fev. 2011)	Caso 3323 (16 jul. 2018) ³⁸	Caso 2918 (17 nov. 2011)
		Caso 2947 (10 maio 2012)
		Caso 3093 (25 jul. 2014)
Contraste com o recurso anterior do CLS?	Não. ³⁹ Sim. ⁴⁰ Sim. ⁴¹ Sim. ⁴² Não. ⁴³ Não. ⁴⁴ Sim. ⁴⁵	

A Tabela 10 apresenta a crise europeia no Comitê de Liberdade Sindical. Surgem pelo menos três questões dignas de reflexão posterior. Em primeiro lugar, em quatro dos nove Estados com dívida soberana da UE, Hungria, Itália, Espanha e Irlanda, houve um contraste com o envolvimento anterior com o CLS. Em segundo lugar, em pelo menos dois desses Estados, Espanha e Itália, esse contraste pode ser descrito como notável ou marcante. Em terceiro lugar, dos cinco Estados onde nenhum contraste quantitativo é

³⁸ Como as denúncias são atualmente confidenciais, não posso caracterizar este caso como relacionado à crise ou não.

³⁹ Cinco casos da Grécia antes do CLS na década anterior.

⁴⁰ Apenas um caso do CLS veio da Hungria em cada uma das duas décadas anteriores.

⁴¹ Apenas dois casos do CLS irlandeses anteriores em 1965 e 1986.

⁴² Último caso italiano do CLS em 1979.

⁴³ Três casos portugueses do CLS na década anterior.

⁴⁴ Cinco casos do CLS na Romênia na década anterior.

⁴⁵ Um caso espanhol em 2002 e dois em 2001.

aparente, isso não significa nenhuma atividade significativa antes do CLS. Na Grécia e na Romênia, a crise europeia significou um padrão contínuo de recurso ativo ao CLS.

O conteúdo das reclamações do CLS, indicado na Tabela 10, em negrito, também mostra que a crise europeia foi a razão exata para o aumento da utilização desta via na Grécia, Espanha e Portugal. Em outros Estados, como a Romênia, a resistência à dívida soberana que levou a um uso mais amplo por sindicatos ou sociedade civil de locais de direitos internacionais pode ter um efeito de mobilização difuso, de modo que os mobilizadores se acostumaram a usar esses locais e para questões não estritamente relacionadas às medidas da dívida soberana.

Adicionar mecanismos de reclamações à análise da supervisão mostra que a pluralidade de locais da OIT abre questões interessantes sobre as escolhas de locais da OIT. Os sindicatos gregos concentraram sua atenção no sistema de supervisão e no CLS. Os sindicatos espanhóis, pelo contrário, adotaram uma abordagem de todas as origens, com uma atividade muito mais intensa no sistema de fiscalização, representações e perante o CLS. Os sindicatos portugueses mantiveram os níveis anteriores de atividade no sistema de fiscalização e no CLS, mas acrescentaram representações ao leque de opções de foro. Os sindicatos romenos aumentaram a sua atividade no sistema de supervisão e passaram a usar representações.

3. O QUE APRENDEMOS SOBRE A OIT COM A ANÁLISE DA MUDANÇA DE MOBILIZAÇÃO

Minha análise da crise europeia na OIT é a primeira a focar a mobilização na supervisão e reclamações da OIT. Embora a literatura da OIT não se concentre nesta questão⁴⁶, os estudos da OIT podem

⁴⁶ Ver o foco excepcional na mobilização na definição de padrões da OIT no contexto da Convenção e Recomendação do Trabalho Doméstico em Blackett (2012), Boris e Fish (2014), e o trabalho etnográfico de Leila Kawar (2014) sobre a Convenção e Recomendação sobre Trabalhadores Domésticos da OIT.

se inspirar na florescente literatura sobre mobilização pelos direitos humanos desenvolvida em torno dos regimes de direitos humanos da ONU.

Meu foco de mobilização questiona a literatura existente da OIT e traz novas percepções. Cinco são descritas aqui: a OIT é mais do que a literatura existente presume; questiona a representação da OIT como um "tigre desdentado"; a divisão acentuada entre sindicatos e ONGs é exagerada; a OIT é um bom local para a mobilização transnacional devido a certas características do desenho institucional; a OIT não é transparente em termos de acesso aos documentos relevantes para a mobilização e se compara mal a esse respeito com os Órgãos do Tratado de Direitos Humanos da ONU.

3.1 A OIT é mais do que a literatura existente supõe

Minha análise dos padrões da OIT é institucional e comparativa. Ele examina como a máquina institucional da OIT operou durante a crise da dívida soberana da UE, comparando as mudanças na mobilização ao longo de três dimensões: em vários Estados; em toda a gama de instrumentos da OIT; e em todos os períodos de tempo (antes/ durante a crise). Um foco na mobilização em torno das normas ratificadas existentes, usando mecanismos de supervisão e reclamações há muito estabelecidos em resposta a um choque de direitos sociais e trabalhistas pode demonstrar e nos lembrar da utilidade e vitalidade do que a OIT já tem em vigor. Já indiquei a ausência de trabalho de mobilização na supervisão e reclamações da OIT. No entanto, minha análise contrasta com o foco da literatura recente também de outras maneiras.

Tal ângulo de investigação intra-OIT contrasta com o foco em como as normas da OIT são adotadas, usadas ou entendidas em uma série muito mais ampla de locais, como nos Códigos de Conduta de empresas multinacionais, em acordos comerciais ou por tribunais nacionais ou regionais. Muito trabalho na OIT, nas últimas décadas, é um exame de consciência e reflexão sobre como ela pode

encontrar seu caminho no mundo contemporâneo⁴⁷, com foco na mudança do estabelecimento de padrões para princípios e os papéis da OIT e seus padrões ou princípios atuar em cadeias de suprimentos globais e acordos comerciais bilaterais ou multilaterais (Campling *et al.*, 2016; Gravel, 2008). Sem negar a importância de tais reflexões, um enfoque intra-OIT pode corrigir percepções de que a ação sobre as normas da OIT ocorre principalmente fora dos mecanismos estabelecidos da OIT.

A recente bolsa de estudos que se concentra no mecanismo de supervisão⁴⁸ da OIT concentra-se quase exclusivamente na proteção de um direito, o direito de greve. A última década viu uma enxurrada de bolsas de estudo na OIT e o direito à greve, impulsionada principalmente pela interrupção da supervisão de 2012, pela primeira vez desde seu início em 1927, devido a uma disputa muito analisada⁴⁹ do lado dos empregadores sobre como a supervisão opera em relação ao direito de greve. As interseções desse foco acadêmico com o meu são triplas. Como a crise europeia ocorreu durante a crise de supervisão da OIT, conforme mencionado acima, sua supervisão foi interrompida. Ao mesmo tempo, a intensa análise dessa disputa tem levado a uma maior explicação do desenho do sistema de supervisão e atenção à difusão de seus resultados.

No que diz respeito ao desenho da supervisão, a natureza complementar dos dois componentes do sistema de supervisão da OIT e a caracterização do resultado do Comitê de Peritos, como "interpretações de trabalho" das normas da OIT, foram enfatizadas e elaboradas. Tal leitura reconcilia, por um lado, a "função

⁴⁷ Ver, por exemplo, o simpósio de resenhas de Maupain (2013a): Blackett (2015), Rittich (2015), Charnovitz (2015), Langille (2015) e a resposta de Maupain (2015).

⁴⁸ Um outro elemento recorrente de análise do sistema de supervisão da OIT, especialmente o CEACR, é que ele é uma vítima de seu próprio sucesso, desmoronando sob o peso de relatórios para examinar, observações para preparar e outras tarefas, como monitorar o acompanhamento de Representações com a reunião do Comitê por apenas três semanas anuais para realizar seu trabalho. Ver Maupain (2013b), Gravel (2004) e Simpson (2004).

⁴⁹ Ver, por exemplo, Swepston (2013), Hovary (2016), Ewing (2013).

interpretativa" desse Comitê com, por outro lado, o fato de que a Constituição da OIT reserva a interpretação formal para a CIJ⁵⁰.

Em relação à difusão de seus resultados, sugerindo que o aumento da relevância dos resultados do sistema de supervisão da OIT fora da OIT – em tribunais nacionais (especialmente Canadá) e tribunais regionais (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) ou outros locais - provocou ação do empregador para enfraquecer o sistema de supervisão da OIT⁵¹, este exemplo ilustra as interações complexas que podem se desenvolver entre as dimensões internacional e transnacional dos padrões e supervisão da OIT. Uma terceira dimensão da análise do direito à greve é um foco da UE: principalmente em como as decisões do Tribunal de Justiça da UE⁵² sobre o mercado interno estão em conflito com as normas da OIT e normas regionais (Conselho da Europa), sobre liberdade de associação e contratos públicos. Isso se cruza com a minha análise no sentido de que mostra a Europa como se tornando um lugar onde a proteção dos direitos sociais e trabalhistas não é mais normalmente assegurada, embora focalizando apenas um exemplo específico.

No entanto, os contrastes de minha análise com esse foco intensivo no direito de greve devem ser igualmente assinalados. Acima de tudo, minha análise destaca a ampla gama de convenções da OIT com as quais os sindicatos consideraram útil se engajar. Conforme mapeado acima, a política de emprego, a proteção dos

⁵⁰ Observando que o papel do CEACR é semelhante ao dos órgãos da Regulamentação de Saúde Internacional da ONU: Hovary (2015). Ver Swepston (2013) examinando as Observações Finais do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Ver Maupain (2013b).

⁵¹ Ver Voght (2016). Opondo-se veementemente à confiança da Suprema Corte canadense no CSL da OIT por sua "elevação" injusta a uma fonte judicial, com ampla confiança em Langille (2016), Heenan (2016). Para comparação Canadá/UE, ver Fudge (2015).

⁵² O quarteto "Laval": ver, ligando o direito de greve nestes casos aos desenvolvimentos da OIT, Novitz (2014). Sobre os conflitos de contratos públicos entre esta jurisprudência e as normas da OIT, ver Bruun, Jacobs e Schmidt (2010).

salários, a seguridade social e a inspeção do trabalho foram de importância central e o foco nas liberdades coletivas atingiu uma gama muito mais ampla de questões do que o direito à greve. Consequentemente, as convenções da OIT invocadas na crise europeia demonstram o valor de uma gama mais ampla de normas além das "normas laborais fundamentais". Nesse sentido, minha análise ecoa os debates sobre a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho⁵³ de 1998 da OIT. Assim como a ascensão das "normas fundamentais do trabalho" e a Declaração de 1998 estão intimamente associadas à queda do Muro de Berlim, também a crise europeia pode ser associada a uma compreensão do valor renovado na Europa de um conjunto mais amplo de convenções da OIT.

3.2 Questionamento da descrição da OIT como um "tigre desdentado"

A contribuição mais importante que as abordagens de mobilização de direitos humanos traz para o estudo dos regimes da OIT (e dos regimes de direitos humanos internacionais da ONU (RSI) de forma mais ampla) é escapar da caracterização e avaliação de tais regimes ao longo de um eixo de *hard-soft law*. A OIT tem sido particularmente afetada pelo rótulo de "tigre desdentado"⁵⁴ e argumentos orientados em debates de *hard-soft law*. Um bom exemplo recente é fornecido por Brian Langille, que descreve a supervisão da OIT da seguinte forma:

São todos advogados conversando com advogados, incapazes de resolver o enorme e incontrolável objetivo de tentar negociar o cumprimento simples de jure, muito menos efetuar o cumprimento de fato. O processo se tornou uma ilha legal dentro da OIT e em grande parte desconectado do 'trabalho de base' da organização... a forma legalista, formal e formalista de proceder tem altos

⁵³ Ver, em particular, Alston (2004).

⁵⁴ Ver, para uma análise concisa refletindo sobre a visão de que a OIT "existe desde sempre, mas... também não fez nada para sempre, então... não é terrivelmente interessante", e um contra-argumento para a relevância contínua da OIT nos estudos de OI, Helfer (2009).

custos para as habilidades da OIT para trabalhar, medir e obter resultados no mundo real (Langille, 2016)⁵⁵.

Uma perspectiva de mobilização sobre a supervisão e reclamações da OIT é muito diferente de sua descrição do mesmo sistema. Tal perspectiva não vê apenas advogados, mas também atores da sociedade civil se mobilizando. Vê esses mobilizadores indo entre locais nacionais e internacionais (e não apenas locais legais), em vez de órgãos da OIT "jurisprudência" como o canal principal através do qual as fontes da OIT podem ter efeitos "no mundo real". Em contraste com as abordagens de *hard-soft law*, as abordagens de mobilização compartilham a característica de que, em vez de colocar ênfase na calibração da normatividade legal dos resultados, elas sublinham que o que faz a mudança acontecer, o que faz as normas de direitos humanos ganharem vida como agentes de mudança no mundo, é o seu uso por atores⁵⁶. Consequentemente, a natureza *hard-soft law* das normas não é determinante nem mesmo necessariamente central. Esse insight mobilizador central é, sugiro, excepcionalmente produtivo no contexto da OIT.

⁵⁵ A bolsa de estudos de Brian Langille nos últimos quinze anos ou mais, conforme resumida e referenciada nesta publicação, é fortemente orientada em torno do eixo *hard-soft* da OIT. Seu ângulo particular é que as normas da OIT *deveriam ser* suaves. Isso implica, em sua opinião, que o 'endurecimento' das normas da OIT por meio do uso de tribunais constitucionais ou de direitos humanos é inaceitável e mesmo o monitoramento da OIT é indesejavelmente difícil em comparação com as alternativas mais suaves preferidas de educação e aconselhamento.

⁵⁶ Ver, por exemplo, Engle-Merry (2006), comentando a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres: "Esta é uma forma de legalidade global que depende profundamente dos seus textos, não para a aplicação, mas para a produção de significados culturais associados à modernidade e ao internacional. Em última análise, depende da geração de pressão política sobre os Estados do Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de líderes simpáticos dentro de um país e de organizações não governamentais internacionais e nacionais".

3.3 A divisão acentuada entre ONGs e sindicatos é exagerada

Uma razão pela qual as abordagens de mobilização de direitos humanos podem não ter repercutido no trabalho da OIT é que as primeiras estão associadas a ONGs e à "sociedade civil", enquanto a OIT está associada a uma estrutura de governança tripartite na qual há pouco ou nenhum espaço para ONGs. As características tripartidas da OIT levaram à resistência às iniciativas dos Diretores Gerais da OIT nas últimas décadas para alargar a OIT a uma gama mais ampla de ONGs e atores da sociedade civil, com interesse nos direitos daqueles que realizam trabalho, incluindo o reconhecimento daqueles fora das categorias tradicionais de empregados ou empregadores⁵⁷. O caso para ampliar a OIT para mais constituintes foi talvez apresentado de forma mais explícita por Juan Somavía, como Diretor-Geral em 1999, em seu relatório para a Conferência Internacional do Trabalho (ILO, 1999, p. 39-40):

As ONGs têm apoiado muitas iniciativas voluntárias que abordam a cidadania corporativa e o bem-estar dos trabalhadores, como códigos de conduta e rótulos sociais. ONGs de sucesso exibem força, flexibilidade e imaginação. Eles têm suas desvantagens; sua ação pode ser esporádica, sua representação incerta, seu tempo de vida limitado e seu financiamento instável. A OIT deve apoiar maneiras pelas quais seus constituintes possam trabalhar de forma mais eficaz em parceria com esses grupos para buscar objetivos comuns.

Esses são debates importantes. No entanto, deve-se ter cuidado para não traçar uma linha muito rígida, especialmente em tempos de choques trabalhistas e de direitos sociais nos Estados, entre sindicatos e ONGs. Em alguns Estados europeus, a Grécia por exemplo, os principais atores da sociedade civil organizada que resistiram às medidas de crise foram os sindicatos (Psychogiopoulou, 2014). A estabilidade e a escala de afiliação e representação têm muitas dimensões positivas, especialmente em tempos de crise.

⁵⁷ Para análise, ver Baccaro e Mele (2012).

Ao mesmo tempo, e reforçando o mesmo ponto de uma maneira diferente, também é importante não estereotipar os sindicatos como burocracias rígidas e obsoletas e as ONGs como efervescentes, dinâmicas e em constante mudança. Não só é verdade que o oposto pode ser o caso, como documentado em minha análise, em Crise Europa os sindicatos agiram de novas maneiras dignas de nossa atenção. Por último, não devemos ignorar os papéis que as ONGs já desempenham na supervisão da OIT, fazendo uso de seu status de observador no segundo pilar da supervisão da OIT, o Comitê de Aplicação de Padrões. Mais de 20 ONGs, com status oficial⁵⁸, geralmente participam do Comitê⁵⁹.

3.4 A OIT é um bom local para a mobilização transnacional porque é institucionalmente bem adequado

Minha análise também mostrou a estratégia transnacional combinada com as opções de mobilização doméstica em pontos cruciais do sistema de supervisão da OIT. Isso foi institucionalmente facilitado pelas características de design do sistema de supervisão da

⁵⁸ A OIT estabeleceu uma lista especial de ONGs em 1956. A inclusão na lista está sujeita a: "Os objetivos das organizações que solicitam a admissão à Lista Especial da OIT devem estar em harmonia com o espírito, objetivos e princípios da Constituição da OIT e da Declaração de Filadélfia. O tempo de existência, os membros, a cobertura geográfica da organização, seus resultados práticos e o caráter internacional de suas atividades constituem os principais critérios para tal admissão. Um outro requisito é que a organização tenha um interesse evidente em pelo menos um dos campos de atividade da OIT." Inclui ONGs como *European Disability Forum*, *FIDH* e *Women in Informal Employment: Globalising and Organising*. A cada ano, as ONGs nesta lista solicitam acesso aos vários comitês da conferência daquele ano e as decisões são tomadas pelo Comitê de Seleção da Conferência.

⁵⁹ No entanto, deve-se notar que a maioria das "ONGs" presentes no CAS são confederações sindicais internacionais ou regionais, por exemplo, em 2011, a Confederação Europeia de Sindicatos Independentes, a Confederação Europeia de Sindicatos, a Confederação Geral de Sindicatos e a Federação Internacional de Trabalhadores de Transporte.

OIT. Duas são particularmente notáveis. Uma é a natureza anual do ciclo de supervisão, em um contexto de múltiplos Estados levantando questões interligadas envolvendo múltiplas convenções, o que permitiu que estratégias fossem construídas em um período de tempo relativamente curto. A segunda é a necessidade de um acordo tripartido em uma lista de 25 casos a serem selecionados para discussão e foco de alto nível no Comitê sobre a Aplicação de Normas e na Conferência Internacional do Trabalho, a partir de um conjunto de 700 mais opções de observações produzidas pelo Comitê de Peritos.

A necessidade de acordo dos sindicatos de diferentes partes do mundo em uma lista de negociação impulsiona a criação de um debate fundamentado sobre os critérios de priorização. Conforme observado, a presença de condicionalidades de empréstimos da UE/FMI foi um critério que levou à priorização dos Estados com dívida soberana da UE. Isso aponta para o interesse da análise institucional comparativa com outros órgãos de supervisão de direitos para ver quais características de design eles possuem que configuram a mobilização.

3.5 A OIT não é transparente em termos de acesso aos documentos relevantes para a mobilização e mal se compara a esse respeito com os Órgãos do Tratado de Direitos Humanos da ONU

Ao contrário dos relatórios-sombra produzidos por ONGs nos sistemas de supervisão de Direitos Humanos da ONU, as observações das organizações de trabalhadores e empregadores não são tornadas públicas no sistema da OIT. Isso é lamentável, pois impede uma linha produtiva de investigação rastreando a influência das observações das organizações de trabalhadores e empregadores sobre as observações do CEACR⁶⁰.

⁶⁰ Para um exemplo deste tipo de estudo em relação à supervisão dos direitos humanos da ONU, ver Türkelli e Vandenhole (2012), em que a influência das ONGs

A falta de transparência pode surgir das práticas informais que levaram a observações de trabalhadores e organizações de empregadores, ao lado da existência de locais de reclamação na OIT que essas organizações também podem usar⁶¹. Quaisquer que sejam as razões, isso aumentaria substancialmente a transparência e o estudo acadêmico do sistema de supervisão para alinhar a prática da OIT com a dos Órgãos do Tratado de Direitos Humanos da ONU.

4. O QUE APRENDEMOS SOBRE MOBILIZAÇÃO

Meu foco em mudar a mobilização também introduz novas vertentes de investigação na bolsa de estudos mais ampla de mobilização de direitos humanos. Tendo situado minha investigação dentro da bolsa existente, os mais importantes que identifico aqui são: rejeitar a suposição de que a mobilização inevitavelmente segue um choque de direitos significativo, como a crise do euro; melhorando nossa compreensão de quem deseja usar tais procedimentos de "*soft law*" e por que deseja usá-los; operacionalizar a medição da mobilização; lidar com uma organização internacional que é ao mesmo tempo um local de mobilização e um ator engajado.

é avaliada examinando-se até que ponto suas recomendações foram seguidas pelo Comitê. Esse estudo não pôde ser realizado atualmente para o sistema de supervisão da OIT.

⁶¹ No entanto, dado que as práticas dos órgãos de fiscalização de direitos humanos em relação à participação da sociedade civil também foram amplamente desenvolvidas pelos próprios Comitês, este parece ser um argumento fraco para a não publicação: ver, por exemplo, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que começou a desenvolver sua política de participação de ONGs em 1993. Nas próprias palavras do comitê, "Num esforço para assegurar a participação mais efetiva e ampla possível das ONGs em suas atividades, o Comitê adotou, em sua oitava sessão, em 1993, um procedimento relativo à participação das ONGs nas atividades do Comitê [...], que explica de forma concisa as modalidades de participação das ONGs nos trabalhos do Comitê. Os princípios básicos estabelecidos naquele documento foram suplementados, conforme a prática do Comitê evoluiu" (UN, 1994).

4.1 Mudando a mobilização dentro da bolsa existente

Podemos nos basear nas diferentes perspectivas oferecidas pela literatura mais interessante de mobilização de direitos humanos para perguntar: de que é a mobilização a medida? Ao apresentar as respostas muito diferentes dadas a essa pergunta, posso situar melhor o foco distinto de minha análise.

Para Beth Simmons, a mobilização doméstica explica por que os tratados internacionais de direitos humanos (RSI) da ONU trazem mudanças na prática, como, por exemplo, os níveis de educação das mulheres sob a "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres". É este último o seu foco de medição (Simmons, 2009). Gráinne de Búrca (2017) se concentra mais em caracterizar os Tratados de RSI, com seus requisitos de relatórios iterativos e relatórios sombra de ONGs, como um sistema de governança experimental. Consequentemente, a mobilização ou uso por ONGs de relatórios do Tratado de RSI torna-se um insumo de governança essencial para manter o sistema de governança, o foco principal, funcionando e vibrante. De uma perspectiva antropológica jurídica, o relato de Sally Engle-Merry (2016), sobre a mobilização da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, enfatiza o "julgamento" contingente, em camadas e muito parcial dos direitos humanos pela maioria dos indivíduos como uma estrutura para compreensão e ação. São os tradutores que habitam mais plenamente esse quadro de direitos humanos, incluindo "indo para a ONU", que conectam o local e o global nos processos de "vernacularização" dos direitos humanos.

Outros, como Keck e Sikkink (1998), em vez disso se concentram nos mobilizadores, considerando como e quando eles se conectam através das fronteiras e os processos que eles empregam para identificar e construir campanhas e redes eficazes, como em torno da "violência de gênero". Essas análises de rede de ativistas veem os foros e a linguagem legal dos direitos humanos como uma via

possível em que outras (como campanhas na mídia, manifestações públicas, como círculos de silêncio) podem muito bem ser tomadas⁶².

Minha análise é diferente dessas várias abordagens de mobilização para os direitos humanos. Estou interessado em mudanças na mobilização - sua quantidade, seus atores e suas estratégias. Eu me envolvo em uma análise focada em direitos específicos de regime (OIT), que é usada para medir as mudanças decorrentes de um tipo específico de "choque de direitos", condicionalidade imposta por instituições supranacionais e internacionais. Como, seguindo Simmons, a maioria dos estudos sobre mobilização para os direitos humanos identifica os Estados "instáveis" como aqueles onde os direitos humanos provavelmente terão mais força, com a consequência de que os Estados da UE, e especialmente os Estados da UE ocidental, raramente têm sido seu foco. Trata-se de um novo foco interessante. No entanto, em vez de Estados "instáveis" pré-identificados serem o foco, estou interessado no período de mudança ou choque ou transição e como isso é expresso por meio da mobilização de direitos. Além disso, ao contrário do foco de Simmons (2009), eu não avalio as mudanças no terreno na Europa como resultado desta mobilização. Estou interessado na operação dos sistemas da OIT como uma forma de capturar como eles são usados e como respondem a interrupções significativas do status quo em vez de, como na análise de De Búrca (2017), caracterizar um sistema de governança que recebe contribuições da sociedade civil.

Concentro-me em novos atores e estratégias na OIT, em vez de, como faz Engle-Merry (2006), investigar como eles ou outros, como os aposentados gregos, "experimentam" os padrões da OIT como forma de resolver disputas. Nem eu, nesta análise, considero em detalhes locais e ações alternativas para desafiar as condições de empréstimo da dívida soberana, a não ser para sugerir que a gama de estratégias e locais implantados pela sociedade civil na Europa

⁶² Ver também o relato histórico de Sarah Snyder (2011), sobre a rede de Helsinque.

em crise é uma área frutífera para uma análise mais aprofundada ao longo das linhas exploradas aqui⁶³.

4.2 Rejeitando a suposição de que a mobilização segue inevitavelmente um choque de direitos significativo, como a crise do euro

Uma objeção importante ao tipo de estudo realizado aqui é que é certamente óbvio que um choque de direitos como a crise do euro gerará maior mobilização e, portanto, a recompensa pelo trabalho investido na medição desse aumento é muito pequena para que valha a pena. Medir as mudanças na mobilização simplesmente verifica algo que podemos supor com segurança. Tenho duas respostas para essa objeção.

A primeira é que, mesmo que pareça óbvio, esse trabalho nunca foi feito e, portanto, mesmo que apenas verificasse o que podemos supor, pode valer a pena tornar essa suposição mais robusta. No entanto, de longe a resposta mais significativa e interessante é que fazer o trabalho na verdade perturba e perturba a suposição de que a mobilização segue inevitavelmente um choque de direitos⁶⁴. Este estudo da OIT mostra que existem variações dramáticas entre os Estados que não podem ser explicadas simplesmente por variações nas condições aplicadas. Para dar um exemplo revelador, a mobilização espanhola supera em muito a mobilização grega. As diferenças importantes nas opções de local da OIT, nosso mapeamento e medição mostraram também contradiz uma suposição geral indiferenciada de maior mobilização. Em vez disso, os sindicatos espanhóis adotaram uma abordagem de todos os

⁶³ Para alguns mapeamentos iniciais, ver Kilpatrick e De Witte (2014).

⁶⁴ Isso significa que, ao contrário do que é de certa forma assumido – na descrição de Simmons (2009) – ou sempre crescente através da aprendizagem iterativa e feedback – no relato de governança experimental de De Búrca (2017) –, a mobilização pelos direitos humanos pode aumentar e diminuir em torno de questões, em diferentes locais e ao longo do tempo. Vale a pena explorar e compreender por que essas variações na mobilização ocorrem.

locais, aumentando suas observações no sistema de supervisão, bem como fazendo representações e levando casos ao CLS, enquanto os sindicatos gregos não fizeram qualquer uso de representações.

Além disso, olhar para além da OIT para uma mobilização mais ampla, na Europa em crise, põe completamente em causa qualquer "suposição óbvia" de que os choques de direitos conduzem automaticamente à mobilização. Houve, por exemplo, muito menos mobilização em torno do sistema de supervisão da Carta Social Europeia. Para dar um exemplo específico, observamos que os sindicatos romenos foram mais ativos antes de mais sedes da OIT durante a crise do euro, aumentando sua atividade no sistema de supervisão e fazendo suas primeiras representações. Ao mesmo tempo, houve uma participação zero de sindicatos romenos ou de qualquer outro grupo da sociedade civil nas atividades de supervisão da Carta Social Europeia. Longe então das suposições de mobilização naturalmente crescente, um foco na mudança da mobilização mostra, em vez de uma série de escolhas e interações variáveis entre atores e locais.

4.3 Resolvendo os quebra-cabeças da “mobilização” e motivação sindical

Um primeiro quebra-cabeça a resolver é o da caracterização. Por que chamá-lo de “mobilização” por sindicatos em vez de simplesmente “usar” ou “invocar” procedimentos da OIT? É aqui que o foco na medição de mudanças é poderoso e merece o uso da caracterização de “mobilização”. Pode-se contrastar uma abordagem dos sindicatos para fazer observações dentro do sistema de supervisão que é rotinizada e sistemática com aquela que é acionada pelos sindicatos que decidem se envolver em uma atividade para resolver queixas identificadas como potenciais violações das convenções da OIT. Este último é mais bem caracterizado como mobilização, pois capta melhor fenômenos como o aumento de dez vezes nas observações dos trabalhadores espanhóis ao Comitê de Peritos da OIT após 2010. Os sindicatos

decidiram “ir à OIT” por causa de uma determinação de que tal envolvimento pode ser útil ou significativo de alguma forma.

Um segundo quebra-cabeça é o da motivação: por que os sindicatos em alguns países com dívida soberana se preocuparam repetidamente em recorrer à OIT para obter apenas avaliações negativas e constatações de não conformidade? Por *soft*, referimo-nos tanto à substância das conclusões da OIT na crise do euro, algumas das quais os comentaristas consideraram decepcionantes⁶⁵, como à natureza não vinculativa das conclusões da OIT. Novamente, a literatura sobre mobilização de direitos humanos pode aprimorar as respostas possíveis. Certamente não era na expectativa de que isso levasse a uma rápida reviravolta por parte das instituições da UE ou do FMI.

Não há razão para medir seus objetivos ou sucesso contra o critério de Simmons de ver se a mobilização melhorou os resultados relevantes dos direitos trabalhistas domésticos (Simmons, 2009). Nem a mobilização da crise do euro estava principalmente preocupada com a criação de novas estruturas de construção de coalizões para os direitos trabalhistas, como foi o caso, por exemplo, na construção de uma nova categoria de “violência de gênero” em torno da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, por ativistas dos direitos das mulheres para unir o Norte e o Sul no movimento pelos direitos das mulheres (Keck; Sikkink, 1998).

No entanto, isso se encaixa com a identificação da “condicionalidade UE-FMI” como uma estrutura geradora de consenso da união global de que os Estados e questões de data soberana da UE devem ser priorizados. No geral, embora o resultado pretendido de “ir para a OIT” pareça preocupado com uma atividade significativa e com o plantio de uma bandeira, ou seja, com a

⁶⁵ Ver Novitz (2016), afirmando em relação à crise do euro, “os órgãos de supervisão da OIT não querem parecer muito críticos de” medidas de emergência”. Deve-se notar que isso é da natureza de uma breve observação no contexto de uma análise com um objetivo diferente. Não foi realizada uma análise mais sistemática dos resultados da crise do euro da OIT.

obtenção de uma decisão de violação de direitos que pode ser usada para fins de responsabilização passados e futuros em relação à UE, o FMI e os Estados com dívida soberana.

4.4 Operacionalizar a medição da mobilização contra o pano de fundo das escolhas do local

O desafio central decorrente do enfoque na mudança da mobilização era como medi-la em um sistema complexo de supervisão e reclamações como o da OIT. Analisei como funcionam os diferentes procedimentos e testei uma variedade de medições antes e depois: (i) comparando as observações do Comitê de Especialistas antes e durante a crise; (ii) comparando a crise na Europa com as observações da UE-28; (iii) rastreando as observações da organização de trabalhadores e mapeando-as nas observações do CEACR; (iv) vendo como as preocupações dos trabalhadores e do CEACR, por sua vez, alimentam o segundo estágio de supervisão no CAS; e (v) examinando a mudança no uso dos mecanismos de reclamação da OIT.

A análise mostrou que seguir o que os mobilizadores fazem (aqui, organizações de trabalhadores) e como isso alimenta seu local de mobilização é fundamental. É claramente mais desafiador, mas também distintamente valioso medir a mudança dentro do sistema de supervisão do que dentro dos procedimentos de reclamações, onde as medições antes e depois são diretas.

Uma outra perspectiva que muda a mobilização e sua medição se abre é que vale a pena explorar as diferenças e interações entre sistemas não judiciais de monitoramento de direitos de tratados internacionais, incluindo a OIT, os regimes de Direitos Humanos da ONU e a Carta Social Europeia, e direitos humanos internacionais tribunais como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Os sistemas de monitoramento de direitos têm recursos que os tornam menos simples, mas mais adequados para estudar a mudança de mobilização do que os tribunais. A natureza iterativa sistêmica dos sistemas de supervisão de direitos, também evidenciada de maneiras

diferentes por De Búrca (2017) e Engle-Merry (2006), contando com relatórios periódicos, dá aos mobilizadores oportunidades regulares de participar de sistemas contínuos de verificação da observância das normas. Por sua vez, isso permite que aqueles que estudam a mobilização registrem como o uso dessa oportunidade muda ao longo do tempo.

Mesmo os elementos mais quase judiciais de muitos desses sistemas, por meio dos quais as queixas individuais ou coletivas podem ser apresentadas, muitas vezes, têm características como especialização ou uma posição especial para sindicatos e ONGs, que os tornam locais mais propícios e facilmente acessíveis para a mobilização e seus estudos do que os tribunais internacionais de direitos humanos. Os mobilizadores não são obrigados, por exemplo, a esgotar os recursos internos como o são a Corte Europeia dos Direitos Humanos ou, para cumprir outro requisito desse tribunal que complica o acesso, para demonstrar que são "vítimas"⁶⁶. No entanto, os mobilizadores podem ainda desejar escolher tribunais onde eles são uma opção, devido ao maior efeito de conformidade que eles acham que uma decisão judicial favorável pode criar.

Isso, por sua vez, pode criar uma advertência significativa para a maior confiabilidade da medição de certos tipos de mobilização não judicial, bem como um bloqueio significativo na abordagem de mais de um local de direitos. Isso ocorre porque os tribunais de direitos humanos podem se recusar a encontrar questões admissíveis já consideradas por outros organismos internacionais. Assim, a Corte Europeia dos Direitos Humanos concluiu que as decisões do CLS da OIT sobre o direito de greve excluem a admissibilidade de uma queixa sobre a mesma questão ao abrigo da

⁶⁶ Ver, por exemplo, na crise europeia, as dúvidas levantadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos do status de "vítima" das medidas de contestação da união no primeiro programa de dívida soberana da Grécia, no caso *Koufaki and ADEDY x Greece*, julgado em maio de 2013, mais especificamente no parágrafo 30.

Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶⁷. Isso significa que os mobilizadores, às vezes, são obrigados a escolher *ex-ante* entre a mobilização de direitos judiciais e quase-judiciais e devem levar em conta seu conhecimento de raciocínio estratégico de quando se aproximar de um local irá ou poderá impedir o acesso a outro.

4.5 Lidando com uma Organizao Internacional que  tanto um local de mobilizao quanto um ator engajado

Faz sentido falar de atores que se mobilizam em torno de tribunais, da OIT e de outros órgãos de supervisão ou reclamao de direitos humanos: eles o fazem para buscar a interpretao e aplicao de normas por órgãos considerados especialmente autorizados, legítimos ou determinantes para uma situao que desejam contestar. No entanto,  impossível capturar os papéis da OIT na crise do euro, e na verdade de forma mais ampla, sem considerar também suas aoes como um agente e ator autnomo, o que pode ser chamado de engajamento da OIT. Ao contrário dos tribunais, o âmbito e a missão da OIT não se esgotam nas suas queixas ou funoes de fiscalizao.

Obviamente, os aspectos da atividade da OIT apresentam algumas semelhanças com as funoes judiciais tradicionais: isso ocorre quando o Comitê de Peritos da OIT se baseia nos relatórios apresentados pelos governos para avaliar o cumprimento e ainda mais quando o Comitê de Liberdade Sindical decide uma disputa submetida a isto. No entanto, a crise da dvida soberana da UE

⁶⁷ Ver, por exemplo, julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Prison Officers Association x UK*, de 21 de maio de 2013, quando o tribunal considerou uma reclamao inadmissível ao aplicar o Art. 35 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que prevê que o Tribunal não deve tratar de um assunto que "já foi submetido a outro procedimento de investigao ou resoluo internacional". Os casos serão autorizados a prosseguir quando uma reclamao individual para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos  suficientemente diferenciada de uma reclamao coletiva a um órgão internacional judicial ou quase judicial, como uma reclamao da CLS ou uma reclamao coletiva ao Comitê Europeu de Direitos Sociais.

exemplifica o conjunto muito mais amplo de papéis que a OIT pode desempenhar e sua agência distinta que a torna muito mais do que funções de supervisão ou reclamação. Essas funções mais amplas incluem sua missão de alto nível à Grécia em 2011 (ILO, 2011a), e várias formas de interação com as instituições da UE e o FMI.

Ao mesmo tempo, é importante estar ciente de que a dualidade da OIT como local de mobilização e como ator engajado provavelmente interagirá de maneiras que seriam altamente interessantes de investigar. No contexto da minha investigação focada na mobilização da OIT, a questão chave é se essas interações entre a agência da OIT como um ator engajado e a OIT como um local de mobilização são tais que tornam inviável o foco somente na mobilização. Pode-se argumentar que a mobilização será ou pode ser transformada pelo envolvimento da OIT e que isso pode distorcer significativamente quaisquer dados de mobilização. Certamente, o arco da crise do euro levanta questões importantes sobre como medir a mobilização e o engajamento diacronicamente e procurar, em particular, evidências de aprendizado e ajuste institucional por parte da OIT e também da UE.

Por exemplo, o envolvimento inicial e extenso com a Grécia forneceu à OIT não apenas conhecimento sobre as questões levantadas pela condicionalidade social da dívida soberana da UE, mas também significou que ela poderia, potencialmente, agir preventivamente em episódios subsequentes de dívida soberana em outros lugares, como no vizinho Chipre, que entrou num programa entre março de 2013 e março de 2016, a fim de tentar evitar que ocorram violações semelhantes, como a ausência de diálogo social ou a anulação legislativa dos acordos coletivos. É importante ressaltar que isso pode significar que o que pode ser interpretado como diminuição da mobilização pode na verdade significar ação preventiva eficaz da OIT ou da UE para prevenir a recorrência de áreas de preocupação identificadas em termos de conformidade com as normas da OIT. Apesar dessas advertências interessantes, um foco na mobilização é viável e vale a pena.

Um objetivo principal da análise é verificar se, de modo geral, durante o período de pico do programa da dívida soberana, houve um aumento nas constatações da OIT de preocupação ou violação de suas normas; tal descoberta permanecerá mesmo se houver algum efeito relacionado ao engajamento. O envolvimento da OIT pode ser uma explicação possível para as mudanças na mobilização. E a mobilização, por sua vez, pode impulsionar o engajamento da OIT⁶⁸. A exploração da mobilização pode, então, melhorar e abrir novos caminhos para a pesquisa sobre os papéis da OIT na crise da dívida soberana da UE ou mesmo de forma mais ampla.

5. MUDANÇA DE MOBILIZAÇÃO E CHOQUES DE DIREITOS

O foco da minha análise tem sido verificar se a mudança de mobilização ocorre devido a um choque de direitos. A mobilização, em um quadro de mobilização em mudança, é a medida de se e como os atores da sociedade civil mudam suas atividades e

⁶⁸ A missão de alto nível à Grécia ilustra isso perfeitamente. A Confederação Grega de Sindicatos (a CGS) fez observações sobre um número excepcionalmente amplo de convenções. Como resultado, o CEACR em dezembro de 2010, à luz da complexidade e abrangência das medidas adotadas no âmbito do mecanismo de apoio, convidou o Governo da Grécia a recorrer à assistência técnica da OIT e a aceitar um diploma de alto nível missão de facilitar uma compreensão abrangente das questões antes de seu exame do impacto das medidas em questão na aplicação das convenções ratificadas. Em junho de 2011, o CAS discutiu a aplicação da Convenção nº 98 pela Grécia. Acolheu com agrado a indicação do Governo de que está trabalhando em arranjos com a OIT para a visita da Missão de Alto Nível proposta pelo Comitê de Peritos. Considerou que o contato com o FMI e a UE também ajudaria a Missão a compreender a situação. O mandato da Missão, conforme definido pelo Comitê de Peritos e a solicitação feita pelo CAS, era duplo. Por um lado, a Missão de Alto Nível teve como objetivo coletar informações sobre a aplicação das convenções que a CGS chamou a atenção dos órgãos de fiscalização para as áreas da liberdade de associação e negociação coletiva, proteção dos salários, política de emprego, segurança social, não discriminação e inspeção do trabalho. Por outro lado, visou facilitar uma compreensão abrangente da situação excepcional em que se encontra o país e do impacto das políticas dos organismos internacionais neste contexto, com vista a fazer propostas construtivas sobre um possível caminho a seguir.

estratégias de direitos em resposta aos gatilhos de violações de direitos percebidas. Concentrei-me na crise do euro na OIT para explorar isso. Minha análise mostrou como a mudança de mobilização poderia ser medida e rastreada na OIT em resposta ao choque de direitos da crise do euro. Em seguida, comparou as conclusões deste estudo de caso com a pesquisa existente da OIT e da mobilização internacional de direitos humanos para sugerir que, em um número significativo de maneiras, mudar a mobilização é um foco produtivo, abrindo novos caminhos para a análise de instituições internacionais de direitos e mobilização.

REFERÊNCIAS

- ALSTON, P. Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 457-521, 2004.
- BACCARO, L.; M., V. Pathology of Path Dependence? The ILO and the Challenge of New Governance. **Industrial & Labor Relations Review**, v. 65, n. 2, p. 195-224, 2012.
- BEUKERS, T.; DE WITTE, B.; KILPATRICK, C. Constitutional Change Through Euro-Crisis Law: Taking Stock, New Perspectives and Looking Ahead. *In*: BEUKERS, T.; DE WITTE, B. KILPATRICK, C. (ed.). **Constitutional Change Through Euro-Crisis Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 1-24.
- BLACKETT, A. Beyond the "Rules of the Game". **International Labour Review**, v. 154, 2015.
- BLACKETT, A. The Decent Work for Domestic Workers Convention and Recommendation, 2011. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 4, p. 778-794, 2012.
- BORIS; E.; FISH, J. N. "Slaves No More": Making Global Labour Standards for Domestic Workers. **Feminist Studies**, v. 40, n. 14, p. 411-443, 2014.
- BRUUN, N.; JACOBS, A.; SCHMIDT, M. ILO Convention No. 94 in the aftermath of the Rüffert case. **Transfer: European Review of Labour and Research**, v. 16, n. 4, p. 473-488, 2010.
- CAMPLING, L.; HARRISON, J.; RICHARDSON, B.; SMITH, A. Can Labour Provisions Work Beyond the Border? Evaluating the Effects of EU Free Trade Agreements. **International Labour Review**, v. 155, 2016.
- CHARNOVITZ, S. Reinventing the ILO. **International Labour Review**, v. 154, 2015.
- DE BÚRCA, G. Human Rights Experimentalism. **American Journal of International Law**, New York, 2017.
- ENGLE-MERRY, S. **Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

EWING, K. D. Myth and Reality of the Right to Strike as a Fundamental Labour Right. **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, v. 29, n. 2, p. 145-165, 2013.

FUDGE, J. Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes. **Current Legal Problems**, v. 68, n. 1, p. 267–305, 2015.

GRAVEL, E. Is the Appropriation of International Labour Standards by new Actors Replacing or Complementing the ILO’s Standards-Related Work? *In*: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Governance, International Law and Corporate Social Responsibility**. Geneva: International Institute for Labour Studies, 2008.

GRAVEL, E. Les mécanismes de contrôle de l’OIT: bilan de leur efficacité et perspectives d’avenir. *In*: JAVILLIER, J-C.; GERNIGON, B.; POLITAKIS, G. P. (ed.). **Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir: mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos**. Genève: BIT, 2004. p. 3-9.

HEENAN, R. L. Saskatchewan Federation of Labor and Strikes in the Public Sector: Confusing Social Rights with Fundamental Ones. **Canadian Labour and Employment Law Journal**, v. 19, 2016.

HELPER, L. R. Understanding Change in International Organisations: Globalization and Innovation in the ILO. **Vanderbilt Law Review**, v. 59, n. 3, p. 649-726, 2009.

HEPPLE, B. **Labour Laws and Global Trade**. Oxford: Hart Publishing, 2005.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Report of the Director-General: Decent Work**. Geneva: ILO, 1999. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Report on the High Level Mission to Greece**: Athens, 19-23 September 2011. Geneva: ILO, 2011.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **The Committee on the Application of Standards of the International Labour**

Conference: a Dynamic and Impact Built on Decades of Dialogue and Persuasion. Geneva: ILO, 2011.

KAWAR, K. Making the Machine Work: Technocratic Engineering of Rights for Domestic Workers at the International Labour Organisation. **Indiana Journal of Global Studies**, v. 21, n. 2, p. 483-511, 2014.

KECK, M. E.; SIKKINK, K. **Activists Beyond Borders:** Advocacy Networks in International Politics. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

LA HOVARY, C. The ILO's Employers' Group and the Right to Strike. **Transfer: European Review of Labour and Research**, v. 22, n. 3, p. 401-404, 2016.

LA HOVARY, C. The ILO's Supervision bodies' soft law jurisprudence. *In*: BLACKETT, A.; TREBILCOCK, A. (ed.). **Research Handbook on Transnational Labour Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 316-328.

LANGILLE, B. Hard Law Makes Bad Cases: The ILO (nervously) confronts new governance institutions. **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, v. 32, n. 4, p. 407-423, 2016.

LANGILLE, B. Persuading the Prisoners. **International Labour Review**, v. 154, 2015.

MARX, A.; WOUTERS, J.; RAYP, G.; BEKE, L. (ed.). **Global Governance of Labour Rights:** Assessing the Effectiveness of Transnational Public and Private Policy Initiatives. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.

MAUPAIN, F. Revisiting the Future. **International Labour Review**, v. 154, 2015.

MAUPAIN, F. The Future of the International Labour Organization in the Global Economy. Oxford: Hart Publishing, 2013.

MAUPAIN, F. The ILO Regular Supervisory System: A Model in Crisis? **International Organizations Law Review**, v. 10, n. 1, p. 117-165, 2013.

NOVITZ, T. The EU and the Right to Strike: Regulation Through the Back Door and its Impact on Social Dialogue. **King's Law Journal**, v. 27, n. 1, p. 46-66, 2016.

NOVITZ, T. The Internationally Recognized Right to Strike: A Past, Present and Future Basis Upon which to Evaluate Remedies for Unlawful Collective Action? **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, v. 30, n. 3, p. 357-379, 2014.

PSYCHOGIOPOULOU, E. Welfare Rights in Crisis in Greece: The Role of Fundamental Rights Challenges. *In*: KILPATRICK, C.; DE WITTE, B. (ed.). **Social Rights in times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges**. San Domenico di Fiesole: EUI, 2014.

RITTICH, K. The ILO: Challenges in Times of Crisis. **International Labour Review**, v. 154, 2015.

SIMMONS, B. A. **Mobilising for Human Rights: International Law in Domestic Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SIMPSON, W. R. Standard Setting and Supervision: A System in Difficulty. *In*: JAVILLIER, J.-C.; GERNIGON, B.; POLITAKIS, G. P. (ed.). **Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir: mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos**. Genève: BIT, 2004. p. 47-73.

SNYDER, S.B. **Human Rights Activism and the end of the Cold War**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SWEPSTON, L. Crisis in the ILO Supervisory System: Dispute over the Right to Strike. **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, v. 19, n. 2, p. 199-218, 2013.

TÜRKELLI, G. E.; VANDENHOLE, W. The Convention on the Rights of the Child: Repertoires of NGO Participation. **Human Rights Law Review**, v. 12, n. 1, p. 33-64, 2012.

UNITED NATIONS. **Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Report on the 8th and 9th Sessions**. New York: UN, 1994.

UNITED NATIONS. Statement on Visit to the United Kingdom, by Professor Philip Alston, United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human rights. London: UN, 2018.

VOGHT, J. S. The Right to Strike and the International Labour Organization (ILO). **King's Law Journal**, v. 27, n. 1, p. 110-131, 2016.

WEISBAND, E. Discursive Multilateralism: Global Benchmarks, Shame and Learning in the ILO Labor Standards Monitoring System. **International Studies Quarterly**, v. 44, n. 4, 2000.

A PROTEÇÃO DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS E O DUMPING SOCIAL: QUAIS ARBITRAGENS?¹

THE PROTECTION OF INTERNATIONAL INVESTMENTS AND SOCIAL DUMPING: WHICH ARBITRAGES?

Rafael Ensinas de Muñagorri*

A ligação entre o investimento internacional e o direito do trabalho é mais concreta do que parece à primeira vista. Um exemplo bastará para ilustrar isso: ao escolher um local na Europa, neste caso na França, os diretores da empresa Disney buscaram se beneficiar de "uma zona 'internacional' em que o direito do trabalho francês não teria sido aplicável" (Moreau, 2006, p. 76). Esse desejo não foi atendido; mesmo para a Disney, a lâmpada de Aladin nem sempre funciona. E o investimento foi feito mantendo os direitos trabalhistas dentro do país anfitrião.

Carreau (2017) afirma que "as condições, as relações e a legislação trabalhista em geral são claramente centrais para qualquer decisão de investimento". Tal afirmação vai ao encontro do presente estudo, mas é, sem dúvida, excessiva, pois muitos outros fatores regem a decisão de investimento. A apresentação do direito dos

¹ Artigo originalmente publicado por Rafael Ensinas de Muñagorri, em 2018, em *Droit sans frontières*, sob o título "*Les protections des investissements internationaux et le dumping social: quels arbitrages?*". Artigo traduzido por Ana Cristina Alves de Paula.

* Professor da Université de Nantes. Membro honorário do Institut Universitaire de France.

investimentos internacionais, apesar de seu desenvolvimento doutrinário, dedica um espaço reduzido ao direito do trabalho, que permanece quase inexistente em obras, porém, de referência (Robert-Cuendet, 2017; Nanteuil, 2017). Quando considerado, o trabalho² é frequentemente apreendido, como o meio ambiente³, sob o ângulo das exceções à proteção do investimento, exceções justificadas pelos direitos humanos, ou mais amplamente pelos valores legítimos que o Estado deseja preservar no âmbito do desenvolvimento sustentável⁴. Dito isso, levar em conta o trabalho nos investimentos internacionais parece seguir uma lógica diferente da ambiental, por estar mais ligada à competitividade econômica dos Estados e à rentabilidade dos investimentos.

A ligação entre o direito do trabalho e a proteção dos investimentos internacionais não é, no entanto, fácil de estabelecer de forma inequívoca. A compreensão das questões é dominada aqui por oposições mais ou menos frontais. Vamos expô-los ao risco de esquematização. Para alguns, é necessário separar o que diz respeito ao econômico e ao social, ao comércio e ao trabalho, ao direito dos investimentos internacionais e direito do trabalho organizado a nível nacional. Esta primeira corrente dificilmente é favorável ao estabelecimento de um vínculo entre comércio e trabalho (vínculo comércio-trabalho, vínculo investimento-trabalho) e considera que os dois campos devem permanecer em níveis conceituais e normativos distintos.

Ela é, por vezes, acompanhada, tanto no mundo dos negócios quanto para muitos líderes dos países em desenvolvimento, pela ideia de que o trabalho deve ser capaz de permanecer uma vantagem comparativa dentro da competição econômica globalizada. Ela não poderia ser uma fachada de protecionismo nos

² Ver Leader (2006; 2010), Perulli e Treu (2018).

³ Para citar apenas um: Loquin (2013, p. 299), que apresenta a proteção do ambiente ou do investidor sob a forma de um dilema para os árbitros.

⁴ Os trabalhos que cruzam o direito dos investimentos internacionais e os direitos humanos são agora bastante abundantes: Manciaux (2007), Dupuy, Petersmann e Francioni (2009), De Schutter, Swinnen, Wouters (2013).

países ocidentais; o que explica a constante oposição à inclusão de uma cláusula social no tratado da Organização Mundial do Comércio⁵.

A segunda corrente, por outro lado, é impulsionada pela preocupação explícita de estabelecer um vínculo entre investimento e trabalho, de forma a permitir um desenvolvimento econômico socialmente harmonioso, ou mesmo para restabelecer uma hierarquia saudável entre os valores econômicos e sociais, o que poderia ser proposto no quadro dos investimentos internacionais, em nome do humanismo, pela busca de um círculo virtuoso (Agusti-Panareda; Puig, 2015). A proteção dos investimentos internacionais pode entrar em sinergia positiva com a promoção dos direitos dos trabalhadores?

Considerar a questão supõe libertar-se das ideias recebidas relativas ao "dumping social", expressão pejorativa muitas vezes associada à ideia de uma espiral negativa, de uma corrida para o fundo (*race to the bottom*), para parâmetros trabalhistas menos elevados. Claro, às vezes está escrito que os investimentos "naturalmente tendem a se dirigir para países com custos mais baixos (um fenômeno às vezes referido como '*dumping social*')" (Carreau, 2017).

No entanto, isso nem sempre parece correto e os estudos empíricos (Alber; Standing, 2000) mostram que não há causalidade clara entre "*dumping social*" e investimento internacional, jogando frente a frente os defensores de uma ideologia de livre comércio para os quais o comércio e o investimento beneficiam mecanicamente os trabalhadores e aqueles que acusam esta mesma liberalização de todos os males do direito do trabalho e das condições dos trabalhadores.

Os investimentos internacionais podem levar a melhorias bem como à deterioração dos direitos trabalhistas. Os melhores especialistas das relações entre direito do trabalho e comércio internacional também souberam alertar contra uma abordagem em termos de "dumping

⁵ Ver especialmente, Alben (2001).

social": é ilusório procurar um sistema normativo baseado na comparação dos custos do trabalho (Hepple, 2005).

Dito isso, o problema permanece sem solução e este estudo visa lançar luz sobre a dinâmica jurídica em funcionamento entre o direito dos investimentos internacionais e o fenômeno do "*dumping social*".⁶ Retiremos as aspas e acrescentemos, a seguir a outros, dois esclarecimentos importantes: os Estados estão tanto quanto as empresas na origem do *dumping social*; é possível fazer uma análise jurídica do *dumping social* sem se pronunciar sobre a sua legalidade.

Consciente da diversidade de definições de *dumping social*, incluindo louváveis esforços para torná-lo "ilegal" ou "ilegítimo", nós manteremos neste texto, uma definição ampla correspondente ao conjunto de "estratégias competitivas baseadas na variável social" (Defossez, 2014, p. 20).⁷ Quais são essas estratégias por parte dos Estados e investidores? Como eles são expressos no direito dos investimentos internacionais? Essas questões serão consideradas sob a ótica dos acordos bilaterais de investimentos, depois sentenças arbitrais proferidas no âmbito dos investimentos, o que permitirá delinear a existência de novas articulações entre o direito do trabalho e os investimentos internacionais.

⁶ Segundo Defossez (2014, p. 28), "Les acteurs du dumping social sont traditionnellement les États qui chercheraient à attirer les investisseurs en menant des politiques de réduction des droits sociaux. Les stratégies entrepreneuriales doivent également retenir l'attention. Les entreprises peuvent en effet chercher à tirer le meilleur profit des écarts de niveau de développement social qui préexistent entre certains États".

⁷ Como parte de sua tese, o autor usa uma definição mais precisa: "forme de concurrence déloyale consistant dans l'exploitation, par un opérateur économique, d'une divergence entre une ou plusieurs règles de droit social des États membres de l'Union afin d'en tirer un avantage économique. L'existence d'une telle divergence peut être le résultat d'une politique délibérée d'un État membre destinée à asseoir, ou renforcer, sa position concurrentielle au sein du marché intérieur" (Defossez, 2014, p. 30).

1. O SURGIMENTO DE CLÁUSULAS TRABALHISTAS EM TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO

É na área de acordos comerciais internacionais que as cláusulas da legislação trabalhista têm recebido até agora a maior atenção (Hepple, 2005).⁸ Constatou-se, também, um crescimento dessas cláusulas em tratados específicos para investimentos internacionais⁹, em particular em acordos bilaterais de investimentos, que chamaram a nossa atenção no contexto do presente estudo (Prislan; Zandvliet, 2012, p. 357)¹⁰.

A Organização Internacional do Trabalho está atenta a este desenvolvimento e um relatório (ILO, 2016) apontou que 40% dos acordos bilaterais de investimento (12 de 31), celebrados em 2014, referiam-se à proteção dos direitos trabalhistas. A inclusão de um período de referência mais longo indica um aumento no número dessas cláusulas, seja em acordos entre os países do Norte e do Sul, seja entre os países do Sul entre si. Hoje, mais de cem tratados bilaterais de investimento contêm cláusulas relativas ao trabalho¹¹.

Os Estados Unidos foram os pioneiros nesse tipo de cláusula em um processo de duas etapas frequentemente usado no direito bilateral dos investimentos.¹² Um Estado primeiro estabelece um modelo de acordo bilateral de investimento, uma convenção modelo destinada a servir de modelo ao assinar um acordo com outro Estado. A primeira menção relativa ao trabalho aparece no modelo dos Estados Unidos de 1990, mas somente sob o preâmbulo: "Reconhecendo que o desenvolvimento de laços econômicos e empresariais pode contribuir para o bem-estar (*well-being*) dos trabalhadores para as partes e promover o respeito aos direitos

⁸ Em língua francesa, ver especialmente: Dubin (2003); de maneira mais específica, ver Dubin (2017), Zini (2016) ou, ainda, Bargain (2018).

⁹ Ver, em particular, Vogt (2014).

¹⁰ Dos mesmos autores, com base nesta pesquisa inicial: Prislan e Zandvliet (2015).

¹¹ Para ter acesso aos diferentes acordos por país e palavras-chave, consultar o site da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).

¹² Ver Vogt (2014).

trabalhistas internacionalmente reconhecidos".¹³ A partir de 1994, o respeito aos direitos trabalhistas foi afirmado como um dos objetivos dos acordos bilaterais de investimentos¹⁴. Nesta fase, a referência ao direito do trabalho continua a ser um princípio de interpretação simples.

Somente dez anos depois, em 2004, é que seria incluída, no novo modelo de acordo dos Estados Unidos, uma referência ao trabalho no próprio texto, e não apenas no preâmbulo. Intitulado "Investimento e Trabalho", este Art. 13 compreende dois parágrafos: o primeiro, conhecido na doutrina sob o nome de cláusula de não derrogação, visa garantir que os Estados não derroguem a aplicação de direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos, a fim de atrair ou reter investidores; os Estados deste último também não deveriam encorajá-los a fazê-lo. O segundo parágrafo esclarece o que se deve entender por "legislação trabalhista", referindo-se (na época sem nomeá-los) aos quatro princípios fundamentais do direito do trabalho da OIT de 1998, aos quais se somam as condições de trabalho aceitáveis, o respeito a um salário-mínimo e jornada de trabalho, a segurança e saúde no trabalho.¹⁵

A disposição será objeto de duas objeções principais por vários membros do subcomitê de investimentos do Departamento de Estado dos EUA, incluindo acadêmicos, representantes dos trabalhadores e da sociedade civil (Vogt, 2014). Em primeiro lugar, o Art. 13.1 não é formulado como uma obrigação positiva, mas apenas como o ato de se esforçar, de fazer o possível ("*strive to do so*"), na melhor das hipóteses, portanto, uma obrigação de meios. Então, a disposição não exige que o país tenha uma lei trabalhista, nem que a legislação trabalhista seja reforçada, mas apenas que a perspectiva

¹³ Tal menção aparece em acordos assinados com a Polônia em 1990, Cazaquistão em 1992 ou, ainda, Argentina, Equador, Jamaica.

¹⁴ Ele fará parte de uma série de acordos assinados por países tão distintos como Albânia, Bolívia, Moçambique.

¹⁵ Nos termos do Art. 13 (e) do *U.S. Model Bilateral Investment Treaty* de 2004. O acordo assinado em 2005 com o Uruguai ou ainda o de 2008, com o Ruanda são considerados típicos deste tipo de cláusula

de um investimento não seja um incentivo à renúncia à aplicação dos fundamentais do trabalho. Além disso, mesmo assumindo esta obrigação ignorada, ela não está sujeita ao campo da resolução de conflitos entre os Estados, por conhecer apenas mecanismos de consulta voltados para resolução do problema.

Adotada em 2012 pela administração do governo do presidente Obama, a última versão do modelo de acordo bilateral de investimentos é mais precisa¹⁶: refere-se explicitamente aos princípios fundamentais da OIT, formulados de forma mais clara a obrigação dos Estados (espontaneamente ou com o incentivo do investidor) a não rebaixar os padrões do direito do trabalho, delimita a área do direito do trabalho em questão, incluindo o objetivo de eliminar a discriminação no emprego. Além disso, ela também menciona procedimentos de consulta e participação pública adequada. Posto isto, ela não altera a situação em dois pontos essenciais: ela não obriga um Estado a respeitar as normas trabalhistas internacionalmente reconhecidas, mas apenas não faz derrogações nem procede à violação das normas existentes; em caso de litígio, refere-se a consultas, sem fornecer uma estrutura para a resolução de conflitos por um órgão judicial ou arbitral.

Uma análise mais geral das cláusulas trabalhistas nas convenções bilaterais de investimento¹⁷ destaca três objetivos principais: respeito pelos direitos fundamentais, a ausência de derrogações para fins competitivos, a manutenção da capacidade de melhorar a condição dos trabalhadores. Esses objetivos estão ligados ao tema do *dumping social*. Posto isto, os três objetivos mencionados encontram-se em proporções variáveis e de acordo com diferentes articulações, nos acordos bilaterais de investimento. Reproduzimos na íntegra, a título de ilustração, uma cláusula constante do Art. 6º do acordo concluído em 2005 entre a Bélgica e

¹⁶ Nos termos do Art. 13 do U.S. Model Bilateral Investment Treaty de 2012.

¹⁷ Ver, em particular, Prislán e Zandvliet (2014).

Luxemburgo, por um lado, e a República Democrática do Congo¹⁸, por outro.

ARTIGO 6 Trabalho

1. Reconhecendo que cada Parte Contratante tem o direito de definir suas próprias normas de proteção do trabalho e de adotar ou alterar conseqüentemente suas leis *ad hoc*, cada uma das Partes Contratantes deve assegurar que sua legislação defina normas de trabalho de acordo com os direitos universalmente reconhecidos dos trabalhadores estabelecidos no parágrafo 6 do Art.1 e irá melhorar continuamente essas normas.

2. As Partes Contratantes reconhecem que não é apropriado flexibilizar a legislação trabalhista nacional com o objetivo de estimular o investimento. A este respeito, cada uma das Partes Contratantes deve assegurar que nenhuma isenção seja concedida ou derogada de qualquer outra forma da referida legislação, nem seja oferecida qualquer possibilidade de isenção ou outra derrogação com o objetivo de encorajar a constituição, manutenção ou expansão de um investimento em seu território.

3. As Partes Contratantes reafirmam suas obrigações como membros da Organização Internacional do Trabalho, bem como seus compromissos sob a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu acompanhamento. As Partes Contratantes assegurarão que os ditos princípios e direitos dos trabalhadores universalmente reconhecidos, enunciados no parágrafo 6 do Art. 1, sejam reconhecidos e protegidos em sua legislação nacional.

4. As Partes reconhecem que a cooperação mútua oferece maiores possibilidades de melhorar as normas de proteção do trabalho. A pedido de uma das partes, a outra parte acordará em que representantes de seus governos se reúnam para consultas sobre qualquer assunto que se enquadre no escopo deste Artigo.

O primeiro objetivo – a priori o menos econômico – baseia-se na ideia de que os investimentos internacionais devem vir acompanhados do respeito a uma base de direitos fundamentais do trabalho, como o formulado pela Organização Internacional do Trabalho em 1998. No exemplo mencionado, ele aparece nos Artigos 6.1 e 6.3. Já não estamos na era colonial e, se houver globalização,

¹⁸ A disposição foi escolhida como exemplo em um censo de cláusulas compilado por acadêmicos de todo o mundo (UNCTAD, 2016). Gostaríamos de agradecer ao nosso colega Sébastien Manciaux, contribuinte desta iniciativa, por chamar a nossa atenção para este documento disponível on-line.

os investimentos internacionais não podem prosperar abertamente num contexto de trabalho forçado, trabalho infantil, negação da liberdade sindical ou mesmo discriminação contrária aos direitos fundamentais. As cláusulas relativas aos direitos fundamentais no trabalho visam lembrar isso aos Estados e aos investidores. Poucas, entretanto, são as disposições dos tratados bilaterais de investimento que vão além e exigem concretamente a obrigação dos Estados, sozinhos ou com investidores, de respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores (Vogt, 2014, p. 163).

Apreendidas, na maioria das vezes, da perspectiva dos direitos humanos no trabalho, essas cláusulas também se relacionam com o tema do *dumping social*. Como foi demonstrado (Defossez, 2014, p. 26)¹⁹, a não aplicação pelo Estado de acolhimento dos direitos dos trabalhadores é uma forma de *dumping social*. Ela ajuda a atrair investidores com o perfume de respeitabilidade de uma demonstração de direito formal, sem expô-los a controles e/ou sanções que possam revelar violações depreciativas de direitos fundamentais.

O segundo objetivo – já mencionado e que figura na ilustração reproduzida no Art. 6.2 – visa evitar que o investimento internacional seja fonte de dumping social que leve um Estado a reduzir as proteções legais de que gozam os trabalhadores. À primeira vista, portanto, é o Estado de acolhimento, dono da legislação trabalhista nacional, que está em causa; no entanto, a disposição também diz respeito ao Estado do investidor, que não deve exercer pressão ou negociação para permitir uma redução, sob a forma de derrogações ou isenções, da legislação trabalhista aplicável no Estado de acolhimento do investimento.

¹⁹ A partir de um raciocínio baseado em investimento, Prislán e Zandvliet (2014, p. 366) distinguem entre vários meios à disposição dos Estados, 1) meios gerais, seja por redução das proteções da legislação nacional, seja pela redução da capacidade estatal / pública de obter a sua aplicação 2) meios específicos de investimento, através de incentivos que estabelecem zonas específicas para exportação, ou a inclusão de cláusulas de estabilização nos contratos.

Numa perspectiva de competição saudável, trata-se de evitar a redução das garantias, para atrair investimentos ou mantê-los num determinado território. As chamadas cláusulas de não derrogação ao direito do trabalho encontram aqui o seu significado.

O terceiro objetivo é o mais ambicioso e visa conciliar a proteção dos investimentos internacionais com o desenvolvimento do direito do trabalho. O acordo reproduzido contém disposições específicas sobre este ponto: após relembrar a soberania normativa dos Estados em matéria de legislação laboral, menciona-se o objetivo de “melhorar constantemente” as referidas normas (Art. 6.1), ou mesmo a cooperação mútua oferecendo possibilidades de melhoria (Art. 6.4). Essas disposições não estão em todos os acordos, longe disso. O objetivo do progresso social é, sem dúvida, o menos óbvio de alcançar na prática, porque não é o primeiro entre os investidores que desejam, acima de tudo, proteger-se de empreendimentos suscetíveis de alterar a segurança – ou seja, a rentabilidade – de seus investimentos.

Isso às vezes resulta no desejo de congelar as condições sociais originais, pelo menos para evitar que mudem a ponto de comprometer a segurança dos investimentos. Este é o objetivo das “cláusulas de estabilidade” que estão no cerne das tensões entre os investidores preocupados com a segurança e os Estados de acolhimento que desejam manter uma margem de manobra a nível legislativo, inclusive com vista a progressos que permitam melhorar o direito do trabalho e destino dos trabalhadores (Ruggie, 2016)²⁰. Mesmo na ausência de tais cláusulas, o *dumping social* pode assumir a forma de uma relutância em legislar (*regulatory chill*), limitando assim a capacidade dos Estados de alterarem suas leis trabalhistas.

É neste contexto que alguns governos como a África do Sul têm conseguido denunciar acordos. Outros, como Bolívia, Equador e Índia, expressaram relutância em se envolver em acordos bilaterais de investimento que poderiam limitar sua margem de manobra no

²⁰ E no âmbito de suas funções nas Nações Unidas, ver Shemberg (2008). Do ponto de vista do direito do trabalho, ver Brino (2018).

plano social (ILO, 2016, p. 27). Essas posições também parecem ser parcialmente devidas à ação (real ou potencial) dos investidores de levar uma disputa a um tribunal arbitral. O fato é que os investidores estão entrando com ações perante os árbitros com o objetivo de culpar os Estados por seu comportamento em questões sociais, o que chama a atenção para o destino dado a esses argumentos pelas sentenças arbitrais.

2. DECISÕES DE ARBITRAGEM RELATIVAS A SOLICITAÇÕES DE INVESTIDORES DESTINADAS A FRUSTRAR O COMPORTAMENTO DOS ESTADOS EM QUESTÕES SOCIAIS

O campo da proteção do investimento conhece uma especificidade do ponto de vista das partes. Estruturalmente, é de fato o investidor (pessoa física) que leva a questão à arbitragem, a fim de obter uma sentença contra o Estado anfitrião em que o investimento foi feito. Com base em tratados de investimento e, por vezes, em acordos específicos celebrados diretamente pelos investidores com os Estados, no momento da realização da transação prevista, os pedidos não incidem, a título principal, sobre questões relacionadas com o direito do trabalho. Dito isso, os investidores recorrem, por vezes, à arbitragem de fatos relativos a esse aspecto, para acusar os Estados de não terem protegido seus investimentos.

As limitações processuais explicam que as cláusulas específicas, cujo surgimento mencionamos nos tratados bilaterais de investimento, dificilmente são invocadas no momento da solicitação, o que de forma alguma diminui a possibilidade de os Estados invocá-las em sua defesa. Além disso, é sob os fundamentos clássicos da proteção do investimento (tratamento justo, dever de lealdade e justiça) que a discussão será conduzida com mais frequência. As decisões parecem poucas e o litígio recente. Sem pretender sistematizar qualquer jurisprudência – conceito, aliás, discutível em matéria de arbitragem – três tipos de situação parecem surgir consoante o investidor acuse o Estado de não aplicar normas sociais

aos seus concorrentes, de lhe impor normas sociais injustas, ou ainda de não garantir a paz social.

Uma primeira situação é quando um investidor se considera vítima de tratamento injusto quando o Estado anfitrião mantém ou adota condições sociais que distorcem o jogo da livre concorrência. Uma ilustração pode ser dada no conflito entre a empresa americana UPS, especializada na entrega de encomendas e correio, e o Governo do Canadá. Inserindo-se no quadro do NAFTA (Acordo de Livre Comércio da América do Norte), a UPS entendeu que o Estado canadense não havia respeitado suas obrigações de lealdade (*fairness*) voltadas para a promoção e proteção dos investimentos. Basta dizer que a empresa UPS atuou aqui perante o tribunal arbitral na qualidade de investidora, o que não era evidente, tendo em vista os fatos subjacentes ao pedido e deu origem a uma primeira decisão do tribunal arbitral sobre a sua jurisdição (UNCITRAL, 2002). Este tribunal se reconheceu como competente e, em sua mesma composição, teve que se pronunciar alguns anos depois sobre o mérito (UNCITRAL, 2007).

Em essência, a empresa UPS criticou o governo canadense por não proteger seu investimento com um tratamento injusto em relação à *Canada Post Corporation*, uma instituição do Governo do Canadá que presta serviços no mesmo setor. A ação visava, portanto, um objetivo de livre concorrência. Entre os argumentos apresentados para demonstrar que o Canadá não tratou o investidor (UPS) de forma justa e equitativa, esta empresa argumentou, em particular, que os direitos de negociação coletiva dos funcionários dos Correios do Canadá estavam sujeitos a restrições na determinação da legislação trabalhista e pensões de aposentadoria. Como a existência dessas restrições não existia para os trabalhadores da UPS, tratava-se de forma desleal e injusta em relação ao investidor. Em uma resposta de duas linhas, o tribunal arbitral não considerou o argumento bem fundado.

O caso pode ser anedótico do ponto de vista jurídico, mas levantou preocupações e o sindicato dos trabalhadores em questão (*The Canadian Union of Postal Workers*) não deixou de apresentar

seus argumentos na forma de um *amicus curiae* ao tribunal arbitral. Não há necessidade de insistir, em um país como a França, na sensibilidade dos trabalhadores do serviço público a um concorrente do setor privado. No contexto da presente contribuição, deve-se acima de tudo notar que o investidor aqui invoca (com ou sem razão, não importa) uma deficiência na legislação trabalhista do Estado anfitrião para considerar que a proteção de seu investimento não dá lugar a um tratamento justo e equitativo. Ao extrapolar, pode-se imaginar que um investidor agiria, para fazer cumprir a livre concorrência, mas em nome da proteção de seu investimento, contra um Estado anfitrião, acusando-o de não fazer cumprir direitos trabalhistas fundamentais em relação a seus concorrentes estabelecidos nacionalmente.

Tais ações realmente alcançam uma articulação entre estratégias competitivas e variáveis sociais, mas aqui é na direção oposta à do *dumping social*: elas implicitamente levam a um pedido de elevação dos padrões da legislação trabalhista a fim de permitir tratamento equitativo. Dito isto, o argumento é guiado menos por um motivo altruísta para o progresso social do que pelo desejo de eliminar uma vantagem comparativa que prejudica a conquista de um mercado. Além disso, a demanda dos investidores não leva necessariamente à promoção da atividade econômica e do emprego no setor nacional. Essa é a ambiguidade desse tipo de solicitação, e mais amplamente de raciocínio, que levou ao fracasso da inserção de cláusulas sociais nos tratados de comércio e investimento.

Numa segunda situação, o investidor critica o Estado por lhe impor condições sociais que considera contrárias à proteção do seu investimento. A sentença arbitral proferida em 28 de abril de 2011, entre o empresário russo Sergei Paushok e o governo da Mongólia pode ser mencionada aqui. Neste caso, o conflito foi enquadrado por um tratado bilateral de investimentos entre a Rússia e a Mongólia. Proprietário da empresa *Golden East-Mongolia* (GEM), o empresário investiu na Mongólia para operar vários sites, empregando 1.470 trabalhadores, dos quais cerca de 700 eram mongóis (UNCITRAL, 2011).

Em 2006, o governo da Mongólia adotou duas leis, incluindo uma "*Foreign Workers Fee*" relativa ao trabalho, ou mais exatamente um novo imposto sobre a presença de trabalhadores estrangeiros no setor de mineração. Para proteger o emprego nacional, uma lei nacional anterior previa que, acima de 10% da força de trabalho estrangeira, as empresas deviam pagar um imposto mensal equivalente a duas vezes o salário-base na Mongólia. No entanto, a legislação de 2006 elevou esse imposto a dez vezes o salário-base, caso a cota fosse ultrapassada no setor de mineração. Para a empresa GEM, isso levou ao pagamento de um imposto de até quinhentos mil dólares.

Parte da controvérsia levada ao tribunal arbitral buscava que essa medida legislativa fosse declarada contrária à proteção de investimentos prevista no tratado bilateral celebrado entre a Rússia e a Mongólia. Na sua argumentação, o recorrente observou que a escassez de trabalhadores qualificados de nacionalidade mongol justificava o recurso a trabalhadores de outros países (neste caso, especialmente russos), e que a lei aplicável ao setor mineiro se destinava a garantir o imposto sobre o rendimento e não proteger o emprego nacional, daí o seu caráter excessivo. O investidor invocou uma violação dos Artigos 2 e 3 do BIT, por vários motivos: tratamento desleal e injusto, medidas discriminatórias não razoáveis e injustificadas, violação de tratamento não menos favorável. Levando em consideração os argumentos da defesa, e após uma análise detalhada baseada, em particular, em comparações no setor de mineração e nas práticas das empresas GEM, o tribunal não considerou a violação da Mongólia dos artigos citados.

Em sua motivação, o tribunal arbitral afirma firmemente que a proteção legal plena e completa dos investimentos pelo tratado bilateral não impede a adoção de uma legislação social, e na ausência de um acordo de estabilidade celebrado entre o governo da Mongólia e o investidor, o último não pode evitá-lo. A soberania dos Estados deve prevalecer na legislação social, inclusive quando afeta os interesses dos investidores.

O fato de um Estado mudar sua legislação para aumentar o salário-mínimo, sob o risco de provocar reações dos investidores, não é mais um caso de livro. Em uma arbitragem não divulgada, ela pôde comparecer na disputa entre a companhia mineradora *Centerra* e o governo da República do Quirguistão²¹ sobre uma cláusula introduzida em um contrato de concessão. Em outra disputa, a empresa francesa *Véolia* recorreu a um tribunal arbitral acusando, entre outras coisas, o governo egípcio e a cidade de Alexandria de ter procedido a um aumento do salário-mínimo para trabalhadores suscetível de impactar seu investimento na área de tratamento de resíduos (Peterson, 2012)²².

Do ponto de vista jurídico, deve ser feita uma distinção clara entre a existência de um tratado bilateral de investimentos celebrado entre dois Estados e um acordo celebrado entre o investidor e o Estado anfitrião, incluindo uma cláusula de estabilização. Por mais improvável que o primeiro tenha o propósito explícito de limitar a capacidade normativa dos Estados de adotar leis sociais – e a lembrança da soberania do Estado é frequente – o segundo pode prever mais precisamente os compromissos de um Estado de proteger o investidor contra mudanças que possam alterar sua situação. Quer estas cláusulas de estabilização pretendam congelar o direito do Estado durante a duração do investimento, limitar a sua aplicação apenas a desenvolvimentos futuros, ou permitir uma evolução, mas com uma compensação justa, podem ter um impacto na regulação do direito do trabalho, incluindo na área de Relações coletivas de trabalho²³.

Em uma terceira situação, os investidores culpam o Estado por não ter intervindo para impor uma paz social capaz de garantir a proteção e a segurança do investimento. Podemos citar, em particular, uma sentença (ICSID, 2005) relativa à privatização, através de um consórcio público (*SOE*) de uma empresa romena (*CSR*), por

²¹ Neste caso, a lei aumentou os salários dos trabalhadores que trabalham em altitude, conforme mencionam Prislán e Zadtliév (2014).

²² Decisão ainda não arbitrada.

²³ Neste sentido, Vogt (2014, p. 174).

um investidor americano (*Noble*). Fundada em 1771 e nacionalizada em 1948 durante a era comunista, a empresa *CSR* tinha uma longa tradição na indústria siderúrgica. Durante o período de transição, a Romênia negociou um acordo coletivo com o sindicato local, conferindo certos direitos aos trabalhadores²⁴. Sem receber por vários meses, os trabalhadores entraram em greve, provocaram motins e degradações.

Considerando que o Estado anfitrião não alcançou a proteção total da garantia de investimento prevista no Art. 2 do tratado bilateral de investimento (Estados Unidos-Romênia), a *Noble* trouxe a questão para uma jurisdição arbitral.

Depois de ter expressado dúvidas sobre o alcance específico da disposição invocada para além das obrigações consuetudinárias do direito internacional para com os estrangeiros, o tribunal indeferiu o pedido. Os árbitros esclareceram, a partir de uma comparação com um caso semelhante (CIJ, 1989)²⁵, que mesmo que os fatos fossem verdadeiros no presente caso, não teria havido inadimplemento do Estado em suas obrigações, nem prejuízo causado por esse descumprimento na proteção ao investimento.

Em um segundo caso (ICSID, 2008), um investidor alegou que o papel do administrador nomeado na falência levou os trabalhadores a deflagrar greve e instigar tumultos ilegais às custas da refinaria objeto do investimento, o que levou ao seu fechamento. O investidor considerou que a polícia falhou em seu dever de proteger adequadamente a refinaria e a equipe administrativa. O governo búlgaro respondeu que, ao contrário das alegações do investidor, os trabalhadores entraram em greve por falta de pagamento de salários e que os protestos não estavam relacionados com o encerramento da refinaria. O tribunal arbitral, diante da versão contraditória dos fatos, não acolheu o pedido, não tendo a prova dos fatos sido

²⁴ Este ponto dará origem a um litígio julgado pelo tribunal arbitral. A empresa *Noble*, tendo sido informada da existência das negociações, não ficará satisfeita com o seu pedido.

²⁵ Caso relativo a uma medida de requisição tomada por uma autoridade pública após o encerramento da empresa e dispensa de trabalhadores.

fornecida pelo autor, e o administrador não sendo considerado um órgão do Estado.

Ao contrário das duas primeiras, esta terceira situação não diz respeito ao nível de padrões sociais que o investidor consideraria muito favorável (para os outros) ou muito restritivo (para ele), mas sim ao seu papel na pacificação dos conflitos sociais. A ligação com o tema *dumping social* é menos evidente, ainda que haja pressão do investidor sobre o Estado para reprimir protestos sociais considerados ilegais. Os argumentos dos investidores, no entanto, permanecem frágeis.

E, para repetir e ampliar o raciocínio utilizado pelos árbitros na decisão *Noble*, a proteção dos investimentos prevista nos tratados bilaterais, mesmo plena e completa, não tem como consequência exigir dos Estados que garantam a paz social. Ainda mais tendo em vista das espécies mencionadas e segundo as declarações dos Estados, quando essas perturbações estão relacionadas com o não pagamento de remuneração por parte dos investidores.

CONCLUSÃO

Em todas as sentenças citadas, é também notável observar – por enquanto e que saibamos – que as decisões arbitrais nunca foram a favor dos investidores e contra os Estados com base em fatos relativos ao campo social. Devemos deduzir daí que os argumentos dos investidores relativos ao direito do trabalho serão sempre rejeitados pelos árbitros? Ninguém pode dizer isso.

Também há incertezas sobre a própria disputa: ela é embrionária e nada indica que vá se desenvolver. Por outro lado, o próprio fato de terem sido feitos pedidos por investidores sob este ângulo é indicativo da existência de um vínculo entre a proteção dos investimentos internacionais e o direito do trabalho. Estados e investidores não são apenas operadores do comércio internacional; eles também são verdadeiros no que diz respeito ao direito social da globalização.

No entanto, a analogia com a *lex mercatoria* é irrelevante aqui. Na ordem jurídica transnacional, não existe uma *lex laboraria* em que os atores esclarecem as regras com base em usos e fontes mais ou menos codificados. Em vez disso, é a imagem de um direito trabalhista de contato – englobado, pode-se dizer – no direito dos investimentos internacionais que se impõe. À medida que as cláusulas trabalhistas florescem nos acordos bilaterais de investimento à luz dos direitos humanos, os conflitos entre Estados e investidores tornam-se mais traiçoeiros.

Estaríamos perante uma zona cinzenta, tanto mais sombria quanto dificilmente permite aos principais interessados, os trabalhadores, mobilizarem-se legalmente neste ponto? E se houver casos de *dumping social*, onde estão as alavancas para o *lifting social*? Para enfrentar tais questões com generosidade, coragem e inteligência, conviria, sem dúvida, investigar de maneira crítica e jurídica a profunda ambiguidade do que se denomina "Estado" nas relações econômicas internacionais.

REFERÊNCIAS

- AGUSTI-PANAREDA, J.; PUIG, S. Labor protection and investment regulation: promoting a virtuous circle. **Stanford Journal of International Law**, v. 51, p. 105-117, 2015.
- ALBEN, E. GATT and the Fair Wage: A Historical Perspective on the Labor-Trade Link. **Columbia Law Review**, v. 101, n. 6, p. 1410, 2001.
- ALBER, J.; STANDING, G. Social dumping, catch-up or convergence? Europe in a comparative global context. **Journal of European Social Policy**, v. 10, n. 2, p. 99-119, 2000.
- BARGAIN, G. La dimension sociale des accords de libre-échange de l'Union européenne. *In*: HERVÉ, A. (org.). **L'Union européenne et le libre-échange**. Paris: Pedone, 2018.
- BRINO, V. Stabilization Clauses in State-Investor Agreements: A Brief Overview. *In*: PERULLI, A.; TREU, T. (ed.). **Sustainable Development, Global Trade and Social Rights**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2018.
- CARREAU, D. "Investissement". *In*: **Répertoire de droit international**. Paris: Dalloz, 2017.
- COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE. Elettronica Siculla S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie). CIJ: La Haye, 1989. p. 15.
- DE SCHUTTER, O.; SWINNEN, J.; WOUTERS, J. (ed.). **Foreign Direct Investment and Human Development**. Abingdon: Routledge, 2013.
- DEFOSSEZ, A. Le dumping social dans l'Union européenne. Bruxelles: Larcier, 2014.
- DUBIN, L. Accords commerciaux préférentiels. *In*: **Répertoire de droit international**. Paris: Dalloz, 2017.
- DUBIN, Laurence. **La protection des normes sociales dans les échanges internationaux**. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
- DUPUY, P-M.; PETERSMANN, E-U.; FRANCONI, F. (ed.). **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HEPPLE, B. **Labour Laws and Global Trade**. Oxford: Hart Publishing, 2005.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Noble Ventures Inc. v. Romania**. Award. Washington, DC: ICSID, 12 out. 2005.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Plama v. Bulgaria**. Award. Washington, DC: ICSID, 27 ago. 2008.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Assessment of labour provisions in trade and investment arrangements. Geneva: ILO, 2016.

LEADER, S. Human rights, risks, and new strategies for global investment. **Journal of International Economic Law**, v. 9, n. 3, p. 657-705, 2006.

LEADER, S. The Place of Labor Rights in Foreign Direct Investment. *In*: MORISS, A. P.; ESTREICHER, S. (ed.). **Global Labor and Employment Law for the Practicing Lawyer**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2010. p. 579- 596.

LOQUIN, É. Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux. *In*: **Pour un droit économique de l'environnement**: mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin. Paris: Frison-Roche, 2013.

MANCIAUX, S. L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme. *In*: DOCKÈS, E. (org.). **Au coeur des combats juridiques**. Paris: Dalloz, 2007.

MOREAU, M-A. **Normes sociales, droit du travail et mondialisation**: Confrontations et mutations. Paris: Dalloz, 2006.

NANTEUIL, A. **Droit International de l'Investissement**. 2. ed. Paris: Pedone, 2017.

PERULLI, A.; TREU, T. (ed.). **Sustainable Development, Global Trade and Social Rights**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2018.

PETERSON, L. E. French company, Veolia, launches claim against Egypt over terminated waste contract and labor wage stabilization promises. **Investment Arbitration Reporter**, v. 5, n. 12, jun. 2012.

PRISLAN, V.; ZANDVLIET, R. Labour provisions in international investment agreements: Prospects for sustainable development. *Irr.* BJORKLUND, A. (ed.). **Yearbook of International Investment Law & Policy 2012-2013**. New York: Oxford University Press, 2014.

PRISLAN, V.; ZANDVLIET, R. Mainstreaming sustainable development into international investment agreements: What role for labor provisions? *Irr.* SCHILL, S. W.; TAMS, C. J.; HOFMANN, R. (ed.). **International Investment Law and Development: Bridging the Gap**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

ROBERT-CUENDET, S. (org.). **Droit des investissements internationaux: Perspectives croisées**. Bruxelles: Bruylant, 2017.

RUGGIE, J. G. Foreword: constitutionalization and the regulation of transnational firms. *Irr.* ROBÉ, J-P.; LYON-CAEN, A.; VERNAC, S. (ed.). **Multinationals and the constitutionalization of the world power system**. Abingdon: Routledge, 2016.

SHEMBERG, A. Stabilization Clauses and Human Rights. Geneva: IFC, 2008.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Paushok v. Mongolia**. Award on Jurisdiction and Liability. The Hague: UNCITRAL, 28 abr. 2011.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada**. Award on Jurisdiction. Washington, DC: UNCITRAL, 22 nov. 2002.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada**. Award on the Merits. Washington, DC: UNCITRAL, 24 maio 2007.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **UNCTAD University IIA Mapping Project**. Geneva: UNCTAD, 2016.

VOGT, J. S. Trade and Investment Arrangements and Labor Rights. *Irr.* BLECHER, L.; STAFFORD, N. K.; BELLAMY, G. (ed.). **Corporate responsibility for human rights impact: new expectations and paradigms**. Chicago: American Bar Association, 2014. p. 121-178.

ZINI, S. **Exporter le New Deal: Les normes sociales dans le politique commerciale des États-Unis**. Québec: Presses Universitaire du Québec, 2016.

INTERSECCIONALIDADE E RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL PÓS-CONVENÇÃO Nº 111 DA OIT

INTERSECTIONALITY AND LABOUR RELATIONS IN BRAZIL AFTER ILO CONVENTION NO. 111

Humberto Bersani*

INTRODUÇÃO

A construção de uma proposta reflexiva sobre o Direito do Trabalho brasileiro, por ocasião do centenário da OIT, é uma oportunidade ímpar de propor olhares conectados com o que se tem investigado, refletindo sobre os desafios a serem enfrentados para a efetivação dos compromissos assumidos no plano internacional. Desse modo, é importante registrar a felicidade do convite apresentado pelos Professores Doutores Victor Hugo de Almeida e Daniel Damásio Borges, que oportunizaram a apresentação do presente estudo.

O Brasil apresenta uma realidade atravessada por complexos processos históricos que exercem influência sobre o país até hoje, sobretudo se perspectivado a partir da colonialidade do poder (Quijano, 2005) das relações aqui constituídas, que imprimiram uma lógica específica desde os tempos da colonização, pautada na

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisador Associado do Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros (NEAB).

exclusão social de povos não brancos, especialmente negros e indígenas.

Desse modo, o estudo do Direito do Trabalho a partir das estruturas de opressão que marcam a sociedade brasileira se revela como um subsídio para a construção de uma leitura qualificada de sua realidade, apontando a evolução dos institutos e posteriores retrocessos, bem como com vistas a promover um diálogo interdisciplinar que aponte suas contradições e sinalize possibilidades de enfrentamento às desigualdades cristalizadas no país.

Assim, refletir sobre o Direito do Trabalho brasileiro e sua história é, necessariamente, resgatar o escravismo colonial (Gorender, 2010), que perdurou no país por longo período, sendo que muitas consequências ainda seguem presentes nas relações constituídas – destaca-se, dentre elas, o racismo, estrutura de opressão que ainda marca a maior parte da população do país, composta por pretos e pardos, ou seja, a população negra.

Com efeito, o processo histórico identificado pelo escravismo colonial como modo de produção foi marcado pela resistência dos povos colonizados e escravizados. Em termos jurídicos, o país assistiu a uma legitimação da escravização e, posteriormente à sua abolição inconclusa, os resquícios revelados pelas desigualdades e exclusões que se mantêm na realidade brasileira.

A partir da década de 60, o complexo normativo internacional voltado à discriminação racial se intensificou. Registra-se, por oportuno, que no plano nacional, o país atravessava um período de ditadura civil-militar, mas também houve expressiva articulação do movimento negro no país – isso não significa dizer que a população negra se insurgiu contra as opressões que lhes foram histórica e sistematicamente impostas somente a partir desse período, mas é possível afirmar que a mobilização no país a partir de então passou a ganhar mais visibilidade no plano interno, na contramão do apagamento que lhe foi reservado ao longo de sua história.

Assim, a Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão) da OIT, ou simplesmente Convenção nº 111, surge como

um horizonte de legitimação dos compromissos internacionais de enfrentamento a todas as formas de discriminação identificadas nas relações de trabalho, o que coaduna com o processo de afirmação histórica dos Direitos Humanos.

Contudo, as diversas formas de discriminação guardam raízes nas estruturas de opressão que as produzem e delas se alimentam. Ademais, quando as referidas estruturas se conectam, potencializam-se os seus efeitos, aprofundando-se as desigualdades e a exclusão social. Logo, a interseccionalidade representa um subsídio para perspectivar o atual estado e indagar sobre os desafios do cenário de (in)eficácia da Convenção nº 111 da OIT no Brasil.

Assim, cumpre questionar como a interseccionalidade se constitui e se revela, bem como o contexto de elaboração da Convenção em estudo, seus desdobramentos e os principais desafios encontrados no Brasil.

1. INTERSECCIONALIDADE

Numa sociedade onde a divisão racial e a divisão sexual do trabalho fazem dos negros e das mulheres trabalhadores de segunda categoria, no conjunto dos trabalhadores já por demais explorados (afinal, sobre quem recai o peso da recessão?); numa sociedade onde o racismo e o sexismo, enquanto fortes sustentáculos da ideologia de dominação, fazem dos negros e das mulheres cidadãos de segunda classe, não é difícil visualizar a terrível carga de discriminação a que está sujeita a mulher negra (Gonzalez, 2020, p. 109).

O excerto de Lélia Gonzalez, intelectual e ativista que contribuiu decisivamente com a história de enfrentamento das estruturas de opressão consolidadas no Brasil, propondo o conceito de feminismo afro-latino-americano, revela a articulação entre sistemas de opressão que hierarquizam vidas como um fenômeno apto a contribuir com o aprofundamento das exclusões sociais relativamente a certos grupos. Por essa razão, a autora, também uma das fundadoras do Movimento Negro Unificado (MNU), forneceu substratos teóricos de fundamental importância em suas

formulações profundas, marcadas pelo constante diálogo e crítica contundente aos intérpretes do Brasil ao refutar a perspectiva eurocêntrica das ciências sociais e do próprio movimento feminista.

A estratificação social verificada na realidade brasileira revela que, mesmo diante das transformações que atravessaram o país, as mulheres negras permanecem a ocupar uma posição de subalternidade e exclusão social em termos de acesso a direitos ou, até mesmo, em termos de representatividade nos diversos espaços sociais (institucionais ou não).

Mediante breve deslocamento histórico do Brasil, nota-se que, após a vinda dos portugueses ao país e a constituição do escravismo colonial como modo de produção (Gorender, 2010) – elemento este sistematizado entre escravismo pleno e escravismo tardio por Clóvis Moura (2014) –, consolidou-se no país uma profunda estrutura de opressão revelada pelo racismo, materializado por múltiplas dimensões conectadas no sentido de destituir a humanidade e espoliar, das formas mais variadas, o expressivo contingente de africanas e africanos trazidos ao país para serem escravizados, num cenário de objetificação que se cristalizou no território.

O trabalho escravo foi admitido no Brasil por cerca de três séculos e meio, sendo sua prática reconhecida inclusive pela ordem jurídica do país, consoante se inferem dos documentos legislativos e históricos encontrados sobre o tema. Segundo o Banco de Dados do Tráfico de Escravos Transatlântico, encontrado no site *Slave Voyages*, no período compreendido entre 1501 e 1875, o Brasil recebeu quase 6 milhões de pessoas forçadamente trazidas ao país para serem escravizadas. Desse total, muitos morreram em navios negreiros, o que se soma a um número expressivo de mortes logo após o desembarque no Brasil (Mello, 1983) - “não chega a surpreender que 25% dos africanos que acabavam de chegar morressem antes de alcançar seu destino definitivo” (Florentino, 2009).

Contudo, mesmo posteriormente à abolição, a estrutura da sociedade brasileira manteve-se inalterada em termos qualitativos (Moura, 2014, p. 152), ou seja, a formação do capitalismo no país não representou um óbice para que as relações estabelecidas no país

prosseguissem perpetrando uma série de violências e exclusões a africanas, africanos e seus descendentes. Ao contrário, a formação do capitalismo no Brasil foi propiciada a partir das bases coloniais, ou seja, o racismo se revela como um instrumento não somente para a constituição dessa sociabilidade, mas também como uma ferramenta de sua manutenção.

Nesse sentido, o racismo desempenhou o papel fundamental de estruturar a sociedade brasileira, atravessando as relações aqui estabelecidas desde a constituição do Estado, de modo que representa uma estrutura de opressão que perpassa as instituições e transcende as relações intersubjetivas. Não se trata, pois, de prática que reside no plano do comportamento ou da consciência das pessoas, mas sim de um instrumento que atua decisivamente na construção de subjetividades a partir das posições sociais delimitadas pelo marcador étnico-racial. Por tal razão, o racismo não é meramente institucional ou um espectro individual de comportamento, mas sim estrutural:

O racismo estrutural corresponde a um sistema de opressão cuja ação transcende a mera formatação das instituições, eis que perpassa desde a apreensão estética até todo e qualquer espaço nos âmbitos público e privado, haja vista ser estruturante das relações sociais e, portanto, estar na configuração da sociedade, sendo por ela naturalizado. Por corresponder a uma estrutura, é fundamental destacar que o racismo não está apenas no plano da consciência – a estrutura é intrínseca ao inconsciente. Ele transcende o âmbito institucional, pois está na essência da sociedade e, assim, é apropriado para manter, reproduzir e recriar desigualdades e privilégios, revelando-se como mecanismo colocado para perpetuar o atual estado das coisas (Bersani, 2018, p. 193).

De fato, a análise do racismo estrutural é imprescindível para o estudo da interseccionalidade, uma vez que contribui para que se compreenda sua essência. Nesse sentido, ao apontar a potencialização da exclusão social em face do cruzamento entre sistemas de opressão, Lélia Gonzalez contribui decisivamente para a leitura da realidade imposta às mulheres negras e, a partir da atuação decisiva do feminismo negro (Akotirene, 2018) e de substancial

construção teórica antecedente (Collins, 2017), Kimberlé Crenshaw propôs o conceito de interseccionalidade, apontando que:

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento (Crenshaw, 2002, p. 177).

Ao se utilizar de um exercício metafórico para explicar a intersecção, Kimberlé Crenshaw explica que a condição imposta às mulheres negras não pode ser confundida ou equiparada àquela imposta a mulheres brancas ou a homens negros, refutando ainda a possibilidade de enxergá-las sob uma perspectiva universal.

Assim, não obstante a análise do racismo seja imprescindível para o estudo da realidade social brasileira, identificar as peculiaridades que atravessam as mulheres negras trata-se de um exercício que propicia a compreensão dos problemas sociais aqui encontrados.

O movimento que antecedeu o surgimento da perspectiva interseccional pode ser compreendido a partir dos questionamentos em face do feminismo liberal e da denúncia quanto à perspectiva eurocêntrica sobre as propostas voltadas às lutas pela igualdade de gênero, de modo que as realidades enfrentadas pelas mulheres negras não eram contempladas em suas particularidades, uma vez que havia uma lacuna por conta da ausência do recorte étnico-racial nessas pautas. O conceito da interseccionalidade “resultou (embora não de maneira exclusiva da convergência epistemológica de mulheres de cor do Sul e do Norte, processo este que teve como decisiva a atuação do feminismo negro” (Pereira; Bersani, 2020, p. 2748).

A interseccionalidade, representada como substrato para a compreensão das particularidades de realidades sobre as quais a lente da universalidade não atinge, torna-se um norte não somente

em termos teóricos e metodológicos, mas também na condição de uma conexão dos debates intelectuais com a práxis, o que guarda consonância com o próprio cenário de surgimento desse debate, circunscrito no âmbito dos movimentos sociais.

O termo se difundiu amplamente nos últimos anos, consolidando-se como um aliado na compreensão das teorizações sobre o direito às diferenças e a leitura da realidade das margens para o centro (Hooks, 1984), o que revela uma perspectiva contra-hegemônica para as teorias sociais e os diálogos que podem ser construídos mediados por essa proposta.

Como transpor, desse modo, o estudo interseccional para a Convenção nº 111 da OIT? Ora, se a referida Convenção dispõe acerca da discriminação e a interseccionalidade está relacionada ao horizonte reflexivo a partir das estruturas de opressão, eis uma possibilidade de se emprestar uma nova lente para a realização do estudo, a fim de verificar seus limites e possibilidades de efetivação. Contudo, antes disso é necessário compreender o contexto dessa Convenção, sobretudo a partir de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

2. CONVENÇÃO Nº 111 DA OIT: CONTEXTUALIZAÇÃO E DESDOBRAMENTOS

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), instituída em 1919 e marcada por sua composição tripartite, representa efetivamente um marco do compromisso no âmbito do Direito Internacional Público com a tutela do trabalhador enquanto sujeito de direitos. Destaca-se que o Direito do Trabalho se situa no campo dos denominados direitos sociais, um conjunto integrante do complexo maior dos direitos humanos, norteados pelo fundamento axiológico da solidariedade ou fraternidade (Comparato, 2008, p. 65), bem como pelo fundamento ético da justiça distributiva (Lopes, 2006).

Nesse sentido, os compromissos que se seguem no pós-Primeira Guerra Mundial, com o Tratado de Versalhes (1919)¹, que previu a instituição da OIT, inaugura-se um novo tempo para as relações entre os Estados no que concerne ao trabalho, bem como a partir das diretrizes ajustadas entre os Estados-membros da Sociedade das Nações (seguida da Organização das Nações Unidas), a fim de que estes efetivassem os compromissos assumidos naquele âmbito.

A nova perspectiva dirigida ao homem como sujeito de direitos rompe, embora muito mais no plano formal do que na materialidade das relações, com a lógica de escravização perpetrada e legitimada ao longo de muito tempo, ou seja, instrumentos como a constituição da OIT marcam um momento da história em que a demanda de se tratar a humanidade de modo desconectado da lógica do objeto se impõe. Isso não ocorre de modo abrupto ou a partir exclusivamente de um mero despertar para a humanidade, mas sim do fato de que a sociabilidade capitalista demanda a consagração de direitos sociais e a tutela desses sujeitos para sua própria manutenção, sob pena de colapsar-se. Em outras palavras, foi necessário buscar instrumentos que viabilizassem a manutenção da sociabilidade vigente, sociabilidade esta que não se compatibiliza com a escravização de pessoas, mas sim com a inserção dessas pessoas num complexo econômico, para que venham a participar das relações sociais no sentido de manter a lógica capitalista em andamento.

Contudo, o posicionamento a partir da materialidade das relações não impede o reconhecimento da importância histórica dos compromissos firmados no âmbito da OIT, uma vez que elas viabilizaram novos caminhos para a regulamentação das relações de trabalho e, além disso, trouxeram paralelamente a oportunidade de enfrentamento às estruturas de opressão que atravessam a humanidade. Afinal de contas, partindo-se da centralidade das

¹ Mário de La Cueva (1980) aponta os principais fundamentos da OIT no Tratado de Versalhes, consubstanciados pela necessidade de promoção de justiça social, bem como a imprescindibilidade de promoção de melhores condições de trabalho e, por fim, o fato de que o desrespeito ao trabalho humano constitui efetivo óbice à melhoria das condições garantidas àqueles que vivem do trabalho.

relações de trabalho, tem-se o fato de que ela também constitui terreno fértil para que essas opressões atuem na perpetuação das discriminações sociais existentes. Firmar compromissos com vistas à eliminação das diversas formas de discriminação constitui, portanto, uma ação de suma importância numa realidade marcadas por desigualdades e exclusão social.

De fato, refletir sobre a OIT e o papel por ela desempenhado no combate à discriminação é, necessariamente, destacar a importância da Convenção nº 111 – denominada “Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão)” – em seu contexto. O diploma, aprovado na 42ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1958), entrou em vigor na seara internacional em 15/06/1960.

Com abordagem da discriminação em matéria de emprego e ocupação, a Convenção nº 111 se estrutura mediante 14 artigos, inicialmente mediante exposição quanto ao termo “discriminação”², assinalando em seguida o compromisso dos Estados-membros no sentido de buscar instrumentos, desde diplomas normativos até a formulação e implementação de políticas públicas, para o enfrentamento à discriminação.

Destaca-se, da concepção sobre o termo da discriminação, que a Convenção não explicita considerar a intenção como um pressuposto da discriminação, sendo fundamental que se identifique a privação ou limitação da igualdade de oportunidades e de tratamento. Desse modo, afirma-se que a definição contida naquele diploma “contempla as duas formas através das quais a

² “Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados” (OIT, 1958).

discriminação se manifesta: a direta e a indireta. A discriminação direta pressupõe um tratamento diferenciado proibido. Já na indireta o objetivo discriminador não é explícito” (Costa, 2007).

A Convenção ressalva, ainda, a possibilidade de os Estados-membros definirem como não discriminatórias ações para a tutela de demandas particulares, mas isso requer a consulta prévia das organizações representativas de empregadores e trabalhadores³, o que representa um mecanismo voltado a viabilizar a participação direta dos destinatários e, portanto, protagonistas do diploma.

O advento da Convenção nº 111 da OIT no Brasil se dá a partir de um processo constituído pela aprovação (Decreto Legislativo nº 104, de 24/11/1964), ratificação (26/11/1965) e promulgação (Decreto nº 62.150/1968), sendo que a vigência nacional se dá a partir de 26 de novembro de 1966, segundo levantamento obtido junto ao sítio eletrônico da própria Organização (OIT, 1958).

Embora não seja diretamente objeto do presente estudo, cumpre destacar a posição da Convenção nº 111 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro em virtude, sobretudo, da Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o § 3º ao Art. 5º da Constituição Federal. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, o *status* normativo da convenção revela-se por meio da denominada supralegalidade (Brasil, 2009), posição esta refutada por juristas como Flávia Piovesan (2010) e Ingo Wolfgang Sarlet (2011), que defendem a natureza de norma constitucional aos referidos diplomas.

Não obstante o compromisso firmado pelo Brasil relativamente a partir da incorporação da Convenção nº 111 da OIT ao ordenamento jurídico pátrio, identifica-se um período de inércia do

³ “Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural” (OIT, 1958).

Estado quanto ao tema, o que pode ser compreendido também pelo momento histórico que o país atravessou.

Maria Aparecida Silva Bento destaca: “um marco que deveria ter sido importante no que diz respeito à intervenção estatal nas relações raciais foi o ano de 1968, quando o governo brasileiro ratificou a Convenção nº 111” (Bento, 2002, p. 21). A autora lembra, contudo, que os relatórios encaminhados pelo Brasil sobre a aplicação da Convenção em estudo revelam a omissão da discriminação nos documentos, sendo que, em 1992, as três centrais sindicais à época assinaram a denúncia do descumprimento da referida Convenção, o que também contou com o apoio de entidades do movimento negro⁴.

Assim, após atuação do movimento sindical brasileiro e do movimento negro – destaque-se também a Marcha Zumbi dos Palmares Contra o Racismo pela Cidadania e a Vida (1995) (Bento, 2002, p. 23), que reivindicou a implementação da Convenção nº 111 da OIT –, algumas mudanças começaram a surgir. Destacam-se, dentre elas, a adoção do Programa para a Implementação da Convenção nº 111 – voltada à temática da discriminação laboral; a criação, em 1996, do Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação (GTDEO), com a posterior idealização do Programa Brasil, Gênero e Raça, bem como das Delegacias Regionais do Trabalho, de Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação no Emprego e na Profissão, bem como a proposta da “Terceira década para a eliminação do racismo e da discriminação Racial”, no contexto da Assembleia Geral das Nações Unidas (Godinho, 2009). Nota-se, contudo, um divisor de águas na implementação dessas políticas a partir da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001).

⁴ “O CEERT (Centro de Estudo das Relações do Trabalho e Desigualdades) elaborou um documento denunciando o descumprimento da Convenção nº 111, e com o apoio de entidades do movimento negro, encaminhou-o para os dirigentes negros do movimento sindical” (Bento, 2002, p. 22).

Atrelada ao cenário político do Brasil, o momento posterior àquela conferência foi marcado pela adoção de políticas públicas contundentes voltadas ao combate à discriminação racial, destacando-se o início das políticas de cotas em diversas instituições (Supremo Tribunal Federal, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério da Justiça, Ministério da Cultura, Programa Diversidade na Universidade, Programa Nacional de Ações Afirmativas), bem como a institucionalização da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) em 2003, com status de ministério, mas extinta em 2015, por meio da Medida Provisória nº 696, que a incorporou ao Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos.

Desse modo, cumpre articular a noção de interseccionalidade com os reflexos promovidos a partir da incorporação da Convenção nº 111 da OIT ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus desdobramentos.

3. RELAÇÕES DE TRABALHO PÓS-CONVENÇÃO Nº 111 DA OIT À LUZ DA INTERSECCIONALIDADE

A reflexão acerca das relações de trabalho à luz da interseccionalidade, considerados os compromissos estabelecidos no bojo da Convenção nº 111 da OIT, requer inicialmente um posicionamento de como o conceito da interseccionalidade pode ser adotado no presente estudo. No particular, tem-se nessa construção teórica um subsídio metodológico, visto que a aplicação da proposta interseccional enquanto metodologia favorece a realização de uma leitura da realidade refutando categorias supostamente universais, trazendo para a visibilidade grupos historicamente excluídos (Pereira, 2020).

Desse modo, considerada a reflexão conceitual acerca da interseccionalidade, bem como a proposta impressa na Convenção nº 111 da OIT, as relações de trabalho serão analisadas a partir do início da reestruturação das relações produtivas a partir da década de 1970, que promoveu como um de seus reflexos o advento da

nova morfologia do trabalho, expressão atribuída pelo sociólogo do trabalho Ricardo Antunes. Segundo o autor, a nova morfologia do trabalho, marcada por múltiplas expressões de degradação das relações estabelecidas nesse contexto:

Pode presenciar, simultaneamente, a retração do operariado industrial estável de base tayloriano-fordista e, por outro lado, a ampliação, segundo a lógica da flexibilidade toyotizada, das novas modalidades precarizadas de trabalho, de que são exemplos as trabalhadoras de *telemarketing* e *call center*, os *motoboys* que morrem nas ruas e avenidas, os digitalizadores que laboram (e se lesionam) nos bancos, os assalariados do *fast food*, os trabalhadores jovens dos hipermercados, etc. (Antunes, 2008).

Nesse contexto, destacam categorias características a partir do cenário oriundo do processo de reestruturação mencionado, destacando-se os elementos da informalidade, precarização, desemprego e desigualdade salarial, sendo que os aportes conceituais a seguir estabelecidos resultam de pesquisa feita em sede de doutorado.

A Organização Internacional do Trabalho empregou, no início da década de 1970, o termo "setor informal", partindo da publicação de dois estudos realizados. O primeiro deles, datado de 1972, corresponde ao documento intitulado "*Employment, incomes and equality: a strategic for increasing productive employment in Kenya*", afirmou que as atividades informais apresentam as seguintes características:

- (A) a facilidade de entrada;
- (B) a dependência de recursos nativos;
- (C) empresas familiares;
- (D) operações em pequena escala;
- (E) trabalho intensivo e tecnologia adaptada;
- (F) a mão de obra qualifica-se fora do sistema escolar formal; e
- (G) os mercados desregulamentados e competitivos (ILO, 1972).

Vê-se, no conceito atribuído pela OIT, o caráter nitidamente descritivo e amplo no particular.

O Programa Regional de Emprego para a América Latina e Caribe (PREALC), instituído no âmbito do Programa Mundial do Emprego da OIT e dedicado ao estudo do desenvolvimento econômico na área territorial que o denominou, com a finalidade precípua de, compreendendo as implicações naquele cenário, propor políticas voltadas a ampliar o mercado de trabalho e as condições salariais dos trabalhadores e trabalhadoras, elaborou um estudo intitulado "*Sector Informal: funcionamiento y políticas*".

A partir da noção estabelecida pelo PREALC, no setor informal não há uma divisão nítida entre proprietários do capital e do trabalho, sendo que o salário também não corresponde à forma mais comum de remuneração pelo trabalho executado. Importante é a observação de uma grande quantidade de atividades pouco capitalizadas e estruturadas em unidades produtivas pequenas, de baixo nível tecnológico e organização formal escassa ou nula⁵ – ou seja, não abarcada pelo âmbito normativo oficial.

A precarização, por sua vez, tem como elemento central a insegurança de classe (Alves, 2009), que no contexto neoliberal pode ser retratada pelo enfraquecimento da proteção à classe-que-vive-do-trabalho, localizada na base do cenário de exploração da força de trabalho, propiciando a constituição de meios exploratórios como a terceirização, a subcontratação, a utilização de trabalho informal, dentre outros.

Há, ainda, a relação do trabalho precarizado com a noção de trabalho incerto, imprevisível, com assunção dos riscos pelo polo mais fracos das relações constituídas, ou seja, o trabalhador. Arne Kalleberg, nesse sentido, aponta as cinco dimensões da precariedade a partir dos pressupostos da OIT, reveladas por meio da insegurança

⁵ "Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el sector informal no predomina la división entre propietarios del capital y del trabajo característica del sector formal, que — en consecuencia — el salario no es la forma más usual de remunerar el trabajo a pesar de que la producción está dirigida principalmente al mercado; abundan, más bien, actividades poco capitalizadas y estructuradas en base a unidades productivas muy pequeñas, de bajo nivel tecnológico y organización formal escasa o nula" (PREALC, 1978, p. 28)

atingindo múltiplos aspectos que vão desde o mercado de trabalho em si até a saúde (Kalleberg, 2009).

O desemprego, por sua vez, assumiu caráter crônico nos últimos anos. Além dele, a desigualdade salarial se soma aos demais elementos para revelar o contexto das relações de trabalho.

Estudo divulgado pela Agência IBGE Notícias (2019) aponta que, no ano de 2018, os negros (pretos e pardos) perfaziam a razão de 64,2% da população desocupada. Da totalidade de trabalhadores brancos, 34,6% se inseriam na informalidade, enquanto o percentual correspondia a 47,3% na totalidade de pretos e pardos. No campo da desigualdade salarial, a média mensal remuneratória de pessoas brancas correspondia a R\$2.796,00, enquanto a população negra era de R\$1.608,00, ou seja, cerca de 73,9% de diferença. A pesquisa apontou, ainda, que as mulheres negras recebem cerca de 44,4% em comparação à média remuneratória de homens brancos, ou seja, uma diferença expressiva.

Segundo o Observatório da Diversidade e da Igualdade de Oportunidades no Brasil (SMARTLAB), a remuneração média dos trabalhadores brancos, em 2019, correspondeu a R\$3.218,00, sendo a dos pardos correspondente a R\$2.226,60 e, a dos pretos, R\$2.195,40. O estudo das diferenças de remuneração pela perspectiva interseccional, ou seja, considerados os marcadores de sexo e raça/cor⁶, revelam-se os seguintes dados:

Tabela 1 – Diferenças de remuneração pela perspectiva interseccional, por sexo e raça/cor

SEXO E RAÇA/COR	REMUNERAÇÃO MÉDIA
Homem branco	R\$3.579,50
Mulher branca	R\$2.778,00
Homem negro	R\$2.393,30
Mulher negra	R\$1.950,00

⁶ Critério adotado pelo estudo.

Com efeito, os dados traduzem e facilitam a compreensão de como o cruzamento entre as estruturas de opressão potencializam a desigualdade no campo das relações de trabalho, de modo que os levantamentos feitos têm apontado, de forma reiterada, que os homens brancos se situam no topo da pirâmide de desigualdades, seguidos das mulheres brancas, dos homens negros e das mulheres negras. Assim, a articulação entre os elementos de raça e gênero conduz as mulheres negras à base da pirâmide, com diferenças expressivas que atingem também as relações de trabalho.

Desse modo, se o horizonte de efetivação da Convenção nº 111 no Brasil já se revelava difícil diante das questões políticas, econômicas e sociais, ele se torna ainda mais complexo à luz da interseccionalidade. Cabe ao Estado cumprir o seu dever de garantir os compromissos assumidos no plano internacional, sendo que as organizações da sociedade civil e os movimentos sociais podem exercer o fundamental o papel de fundamentar as denúncias quanto ao desmantelamento das políticas públicas de tutela aos direitos sociais, na defesa da ordem constitucional e de todos os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

CONCLUSÃO

O estudo da interseccionalidade e relações do trabalho no Brasil pós-Convenção nº 111 da OIT conduz a um cenário que afirma avanços em termos formais e de compromissos assumidos pelo país no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas que indubitavelmente recai sobre os desafios à materialização dos pressupostos previstos no diploma convencional em destaque, especialmente diante das desigualdades que voltaram a se aprofundar no Brasil com o advento da pandemia da Covid-19.

⁷ O término da redação deste texto se deu ao final de abril do ano de 2021, quando o Brasil superou a marca de 400.000 mortos pela Covid-19, sem um horizonte efetivo de políticas públicas transversais para o enfrentamento da crise sanitária.

Um desafio emergente para a efetivação da referida Convenção corresponde à urgente necessidade de atenção para grupos historicamente excluídos no país, traçando-se uma perspectiva que refute as categorias universais cristalizadas na aplicação de direitos, uma vez que elas revelam um limite de diálogo com a realidade brasileira. As mulheres negras, situadas na base da pirâmide social de uma realidade estratificada, ainda seguem enfrentando inúmeras dificuldades no acesso a direitos e oportunidades que são garantidos a mulheres brancas, o que se distancia ainda mais do cenário ocupado por homens brancos.

Alguns sinais no âmbito internacional têm sido dados, a exemplo da Proclamação da Década Internacional de Povos Afrodescendentes da ONU (2015-2024), mas é necessário que as medidas encontrem as condições políticas que dialoguem com a afirmação da atual gramática dos Direitos Humanos – e este tem sido um desafio de grande complexidade no Brasil, uma vez que o mencionado gênero de direitos é objeto de reiterados ataques com base em discursos simplistas e desconectados das demandas para a construção da democracia no país.

Outro passo de fundamental importância reside na necessidade de diálogo institucional com os movimentos sociais, pois o respeito ao protagonismo é um pressuposto básico para a normatização e formulação de políticas públicas voltadas ao combate à discriminação e à inclusão social de grupos socialmente vulneráveis. Veja-se, a partir das referências utilizadas neste trabalho, a importância da atuação dos movimentos negros e sindicais na denúncia do descumprimento aos termos da Convenção nº 111 pelo Estado brasileiro, o que contribuiu decisivamente para que alguns avanços, ainda que insuficientes, começassem a surgir no horizonte.

Em tempos de dismantelamentos dos direitos sociais e recorrentes ataques ao patamar de tutela em termos de Direito do Trabalho, defendê-lo de forma articulada com os Direitos Humanos e em atenção incontornável às vozes historicamente silenciadas representa uma possibilidade de construção de um horizonte de pleno desenvolvimento e respeito às diferenças.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Pretos ou pardos estão mais escolarizados, mas desigualdade em relação aos brancos permanece. **Agência IBGE Notícias**, 13 nov. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece>.
- AKOTIRENE, C. **O que é interseccionalidade?** Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.
- ALVES, G. Trabalho e reestruturação produtiva no Brasil neoliberal: precarização do trabalho e redundância salarial. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 188-197, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/10825/S1414-49802009000200008.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- ANTUNES, R. L. C. Desenhando a nova morfologia do trabalho: as múltiplas formas de degradação do trabalho. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 83, p. 19-34, 2008. Disponível em: <http://rccs.revues.org/431>.
- BENTO, M. A. da S. **Pactos narcísicos no racismo:** branquitude e poder nas relações empresariais e no poder público. 2002. Tese (Doutorado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- BERSANI, H. Aportes teóricos e reflexões sobre o racismo estrutural no Brasil. **Revista Extraprensa**, v. 11, n. 2, p. 175-196, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/extraprensa/article/view/148025>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso, 4 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.
- COLLINS, P. H. Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória. **Parágrafo**, v. 5, n. 1, p. 6-17, jan./jun. 2017.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, A. M. M. da. A discriminação por orientação sexual no trabalho: aspectos legais. *In*: POCAHY, F. **Rompendo o silêncio**: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Políticas, teoria e atuação. Porto Alegre: Nuances, 2007. p. 91-103.

CRENSHAW, K. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002.

DE LA CUEVA, M. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. 6. ed. México: Porrúa, 1980.

FLORENTINO, M. Tráfico atlântico, mercado colonial e famílias escravas no Rio de Janeiro, Brasil, c. 1790-c. 1830. **História: Questões & Debates**, Curitiba, v. 51, n. 2, p. 69-119, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historia/article/view/19985>.

GODINHO, R. de O. Normas e redistribuição: um estudo sobre condicionantes internacionais das políticas de combate ao racismo no Brasil. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 52, n. 1, p. 71-88, jun. 2009.

GONZALEZ, L. **Por um feminismo afro-latino-americano**: ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GORENDER, J. **O escravismo colonial**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010.

HOOKS, b. **Feminist theory**: from margin to center. Boston: South End Press, 1984.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Employment, incomes and equality**: a strategic for increasing productive employment in Kenya. Geneva: ILO, 1972. Disponível em: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1972/72B09_608_engl.pdf.

KALLEBERG, A. L. O crescimento do trabalho precário: um desafio global. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 24, n. 69, p. 21-30, fev. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v24n69/02>.

LOPES, J. R. de L. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MELLO, P. C. de. Estimativa da longevidade de escravos no Brasil na segunda metade do século XIX. **Estudos Econômicos**, v. 13, n. 1, p. 172-3, 1983.

MOURA, C. **Dialética radical do Brasil negro**. 2. ed. São Paulo: Fundação Maurício Grabois: Anita Garibaldi, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C111 – Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação**. Genebra: OIT, 1958. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm.

PEREIRA, F. S. M.; BERSANI, H. Crítica à interseccionalidade como método de desobediência epistêmica no Direito do Trabalho brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2743-2772, dez. 2020.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROGRAMA REGIONAL DEL EMPLEO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. **Sector informal: funcionamiento y políticas**. Santiago: PREALC, 1978. Disponível em: http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/1978/78B09_674.pdf.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-142.

SARLET, I. W. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, v. 77, n. 4, p. 162-185, out./dez. 2011.

SLAVE VOYAGES. **Banco de Dados do Tráfico de Escravos Transatlântico**. Disponível em: <https://www.slavevoyages.org/assessment/estimates>. Acesso em: 7 abr. 2021.

SMARTLAB. **Observatório da Diversidade e da Igualdade de Oportunidades no Trabalho**. Brasil: Raça e Interseccionalidade. Disponível em: <https://smartlabbr.org/diversidade/localidade/0?Dimensao=raca>. Acesso em: 27 abr. 2021.

O TELETRABALHO NA REFORMA DE 2017 NO BRASIL E A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): PONDERAÇÕES E PROJEÇÕES¹

TELEWORK IN THE 2017 REFORM IN BRAZIL AND THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO): CONSIDERATIONS AND PROJECTIONS

Luiz Henrique Sormani Barbugiani*

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O TELETRABALHO

O teletrabalho é uma das facilidades decorrentes da evolução tecnológica, sendo previsto de maneira implícita na Consolidação das Leis do Trabalho, desde a edição da Lei nº 12.551, de 2011, ao inserir no Art. 6º, o parágrafo único, expressamente consignando

¹ Artigo originalmente publicado por Luiz Henrique Sormani Barbugiani, em 2021, na *Revista del Foro Federal del Trabajo*, sob o título "Teletrabajo en la Reforma de 2017 en Brasil: ponderaciones y proyecciones". Trabalho apresentado nos eventos *XXII Encuentro Nacional FOFETRA, II Encuentro Internacional FOFETRA e VIII Jornada Nacional Instituto de Derecho del Trabajo Dr. Norberto Centeno del Colegio de Abogados y Procuradores de Salta*.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em *Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social* pela *Universidad de Salamanca*. Mestre em Antropologia pela *Universidad de Salamanca*. Membro da Sociedade Ibero-Americana de Antropologia Aplicada. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Português de Processo Civil. Membro correspondente do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina, do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão e da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Membro convidado estrangeiro do *Foro Federal de Institutos y Comisiones de Derecho Laboral de los Colegios de Abogados y Procuradores de la República Argentina* (FOFETRA).

que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio” e, ao mesmo tempo, alterando e complementando o *caput*, do dispositivo mencionando, explicitamente como modalidade de trabalho o executado à distância, ponderação consagrada na redação atual, no sentido de que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”.

A designação do teletrabalho não é uniforme, apresentando plúrimas concepções:

A definição de teletrabalho não é unívoca: encontra-se na literatura, tanto nacional como internacional, a utilização de diferentes termos para se referir à mesma coisa e de um mesmo termo para aludir a diferentes especificidades (Sakuda, 2001). Nos EUA, é mais frequente o uso do termo *telecommuting*, enquanto na Europa sobressai o uso do *telework*. O primeiro termo enfatiza o deslocamento entre o centro demandante do trabalho e o local onde é realizado, sendo substituído pelo uso de ferramentas telemáticas. O segundo enfoca as atividades realizadas por tais meios tecnológicos. Ambos os termos, porém, dizem respeito a um mesmo universo de organização do trabalho, referindo-se à atual tendência das atividades laborais serem realizadas com uso de meios telemáticos sem necessidade de deslocamento do trabalhador ao local onde os resultados devem ser apresentados. Também se encontra com frequência o termo *home office* - contudo, diz respeito a uma categoria específica dentro do contexto maior do *telework* ou *telecommuting*, que trata da peculiaridade de ser realizado na casa do trabalhador.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) opta pelo termo *teletrabalho* (*telework*, em inglês), mas destaca categorias específicas dentro dele. Em sua sistematização, o teletrabalho deve ser conceituado quanto a diferentes variáveis: a) local/espço de trabalho; b) horário/tempo de trabalho (integral ou parcial); c) tipo de contrato (assalariado ou independente); e d) competências requeridas (conteúdo do trabalho). Dentro dessas variáveis podem ser elencadas diversas categorias de teletrabalho. Em um estudo realizado com milhares de teletrabalhadores em dez países europeus, além do Japão e dos EUA, destacam-se seis categorias principais de teletrabalho (European Commission, 2000). Esses tipos foram sistematizados por Rosenfield e Alves (2011b): trabalho em domicílio: também identificado com

o termo *small office/home office* (SOHO), trata-se do trabalho realizado na casa do trabalhador; trabalho em escritórios-satélite: os trabalhadores executam o trabalho em pequenas unidades espalhadas de uma empresa central; trabalho em telecentros: o trabalho é realizado em estabelecimentos normalmente instalados próximo ao domicílio do trabalhador que oferecem postos de trabalho a empregados ou várias organizações ou serviços telemáticos a clientes remotos; trabalho móvel: fora do domicílio ou do centro principal de trabalho, compreendendo viagens de negócios ou trabalho de campo ou em instalações do cliente; **trabalho em empresas remotas ou off-shore**: *call-centers* ou telesserviços por meio das quais firmas instalam seus escritórios-satélite ou subcontratam empresas de telesserviços de outras zonas do globo com mão de obra mais barata; trabalho informal ou teletrabalho misto: arranjo com o empregador para que se trabalhe algumas horas fora da empresa (Rocha, 2018, p. 152-162).

O teletrabalho deve ser compreendido como o gênero do trabalho que poderia ser executado pelo empregado nas dependências da empresa, mas, diante dos instrumentos tecnológicos, pode ser realizado fora da empresa, como, por exemplo, em sua residência (*home office*), salas alugadas, cafeterias, praças de alimentação em shopping center ou qualquer outro lugar, ainda que em movimento (dentro de ônibus, trem, avião etc.), desde que haja acesso à internet e demais equipamentos, como notebook, tablet, dentre tantos outros que viabilizem a normal execução do trabalho em condições equivalentes aos que permanecem trabalhando na empresa.

O teletrabalho não se confunde com o trabalho externo, que consiste no executado obrigatoriamente fora das dependências da empresa, como vendedores externos e motoristas de ônibus ou caminhão, cujas atividades pressupõem a distância em relação ao estabelecimento físico da empresa.

O trabalho remoto ou à distância pode ser utilizado como sinônimo de teletrabalho, contudo, o trabalho remoto em sentido estrito deve ser compreendido como aquele em que o trabalhador permanece fora da empresa, em outro local, mas acessa remotamente uma plataforma do empregador ou mesmo aciona à distância equipamentos ou, ainda, robôs em uma linha de

montagem, que permanecem dentro do estabelecimento do empregador.

Quando a atividade do teletrabalho é executada à distância, mas não acessa plataformas ou equipamentos localizados no estabelecimento do empregador, mas de terceiros, como ocorre com os advogados empregados de uma empresa ou escritório de advocacia, que para peticionar no exercício de suas funções acessam os programas dos Tribunais do Poder Judiciário, trata-se da modalidade de trabalho remoto em sentido amplo, que se aproxima da noção genérica de teletrabalho.

2. DISPOSIÇÕES NORMATIVAS QUE REGULAM OS DIREITOS DOS TRABALHADORES EM REGIME DE TELETRABALHO: ASPECTOS POLÊMICOS

Na reforma da legislação trabalhista implementada no ano de 2017, algumas disposições foram inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho, regulando em alguns preceitos o teletrabalho em caráter geral.

Os preceitos normativos são extremamente abertos e genéricos, prejudicando uma tutela efetiva do empregado submetido ao regime de teletrabalho, sendo oportuna algumas ponderações sobre a interpretação dessas disposições legais.

No Art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho foi inserido o inciso III, para expressamente excluir os empregados em regime de teletrabalho da proteção de limitação da jornada de trabalho. O argumento utilizado é a impossibilidade de controle de jornada desses trabalhadores, equiparando-os aos “empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”, já previsto no inciso I, do mesmo dispositivo, e acima mencionado.

Ocorre que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em diversas oportunidades, vem restringindo o alcance da exclusão do controle e, por conseguinte, da limitação da jornada, autorizando o pagamento de horas extras para motoristas, vendedores e

empregados em teletrabalho quando demonstrado que direta ou indiretamente esse controle do período de trabalho efetivamente existia ou era possível², mantendo a exclusão do pagamento de horas extras apenas quando inexistir qualquer controle efetivo da jornada de trabalho ou ser impossível a sua concretização³. Por

² "RECURSO DE EMBARGOS. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. RASTREAMENTO. MECANISMO DE CONTROLE INDIRETO DA JORNADA DE TRABALHO. A c. Turma consignou que não restou comprovada a fiscalização de jornada, porquanto o rastreador se destina apenas à garantia da segurança de veículos e cargas. No entanto, pacífica a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que o sistema de rastreamento via satélite, independentemente de sua finalidade como instrumento de proteção e segurança contra roubos, constitui um meio indireto, porém idôneo, de fiscalização da jornada de trabalho. Recurso de embargos conhecido e provido" (E-ED-ARR-1755-83.2012.5.09.0965, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 12/04/2019).

³ "AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI N. 13.015/2014. ART. 896, § 1º-A, I, DA CLT. ENQUADRAMENTO COMO FINANCIÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESSUPOSTOS E VALOR ARBITRADO. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. [...]. HORAS EXTRAS. TRABALHO EM HOME OFFICE. O Tribunal Regional manteve o indeferimento das horas extras, porque concluiu que o reclamante estava enquadrado no Artigo 62, I, da CLT, já que trabalhava em Home Office sem horário fixo, sem jornada preestabelecida, sem sujeição a cumprimento de itinerário, e por haver divergência nas declarações do autor e de sua testemunha quanto à cobrança de visitas diárias. As instâncias ordinárias, após avaliarem o quadro fático produzido, concluíram que o empregado não estava sujeito a controle de jornada no trabalho home office, por isso foi enquadrado no Art. 62, I, da CLT, razão pela qual a revisão do decidido demandaria um reexame de todo acervo probatório, procedimento vedado nesta instância extraordinária, a teor da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. [...]" (AIRR-1278-32.2012.5.04.0017, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 29/05/2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. O Tribunal de origem, pelo exame do conjunto fático-probatório, concluiu que ficou demonstrado nos autos o enquadramento da reclamante na previsão do Artigo 62, I, da CLT, porquanto ela exercia trabalho externo sem qualquer controle de horário. Diante desse contexto fático, insuscetível de revisão nesta instância extraordinária, a teor da Súmula nº 126 desta Corte, incólumes os Artigos 62, I, e 74, § 2º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (AIRR-11218-96.2015.5.01.0082, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 19/11/2019).

óbvio, essencial a demonstração pelo empregado de elementos de provas e indícios de uma jornada, além dos limites legais para o pagamento de horas extras. Isso é facilmente demonstrável, por exemplo, pela exigência de metas que seriam insuperáveis no período normal de trabalho e na hipótese do teletrabalho, com maior razão, devido à essencialidade da prestação do trabalho remoto por meio do acesso a plataformas digitais e aplicativos do empregador, via rede mundial de computadores. Devido à evolução tecnológica, os mecanismos de fiscalização e controle da jornada de trabalho também se aperfeiçoaram. Além disso, se um trabalhador em condições normais estatisticamente consegue produzir uma quantidade certa de produtos ou executar determinados serviços específicos, exatamente o número maior ou menor de produtos produzidos e dos serviços realizados são um forte indicativo de que existe ou não uma jornada extraordinária.

A reforma de 2017 também inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho o capítulo II-A, intitulado "Do Teletrabalho", no Título II, denominado "Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho", dispondo desse regime de trabalho entre os Artigos 75-A a 75-E.

O teletrabalho é definido legalmente como "a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo", não descaracterizando esse regime de trabalho o "comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento" (Art. 75-B).

Como se trata de um regime especial de trabalho, a sua previsão deve constar de contrato escrito, com discriminação das atividades a serem desempenhadas pelo empregado. A legislação permite a alteração do trabalho presencial por teletrabalho, desde que se implemente, por meio de acordo entre as partes (empregador e empregado), consubstanciado em um aditivo contratual, sem qualquer outra restrição, contudo, o inverso, ou seja, a migração do teletrabalho para o presencial, pode ocorrer em virtude de

determinação unilateral do empregador, com o devido registro no contrato, assegurando-se tão somente um prazo mínimo de quinze dias para o trabalhador se organizar (Art. 75-C).

A regulação da matéria é incoerente porque prioriza a vontade do empregador, dispensando a celebração de um acordo bilateral com o empregado para autorizar que ele unilateralmente promova a transposição do teletrabalho para o trabalho presencial, bastando a exclusiva vontade e determinação do empregador. Ora, se, no caso, exige-se o acordo bilateral para que o trabalhador presencial se torne teletrabalhador, não há coerência em que o inverso dispense a disposição convergente e bilateral da vontade das partes. Além disso, se o empregado estava desempenhando suas atividades em trabalho remoto adequadamente, não é legítimo exigir unilateralmente a alteração, sem uma justificativa legítima de cunho técnico e submeter a alteração à singela vontade do empregador.

A previsão legislativa também é obscura pelo motivo de não especificar se, durante o prazo de quinze dias de transição, o trabalhador permanecerá executando suas atividades em teletrabalho ou será dispensado para planejar adequadamente as medidas necessárias para sua migração para o trabalho presencial, o que seria mais coerente diante das necessidades de adaptações de suas rotinas pessoais e familiares, bem como as decorrentes de deslocamento, alimentação etc.

Como é usual, os instrumentos disponibilizados pelo empregador para viabilizar a execução do trabalho do empregado não são computados como parcela da remuneração para fins trabalhistas, o que é legítimo, contudo, a reforma de 2017 não determina que os custos com a migração do trabalho presencial para o teletrabalho serão do empregador, especificando que a "aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito" (Art. 75-D).

No caso, não é legítimo carrear ao empregado os custos da atividade empresarial sem um ressarcimento para os gastos

decorrentes da assunção das funções em regime de teletrabalho, mesmo porque, como a legislação autoriza que o empregador unilateralmente exija que o empregado passe a trabalhar presencialmente, o empregado estaria submetido a um duplo ônus: a) adquire instrumentos tecnológicos e demais equipamentos para exercer suas atividades em teletrabalho; b) com a determinação do empregador para que passe a trabalhar presencialmente, perde todo o investimento em tecnologia sem qualquer reembolso, passando a despende gastos com alimentação e deslocamento, sem desconsiderar o tempo e o estresse decorrente da adaptação à forma de execução do trabalho.

Outro ponto polêmico da reforma é a determinação de que “o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”, o que é legítimo e coerente, mas a obrigação de que “o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador” (Art. 75-E) é obscuro, sendo evidente que isso não dispensa a responsabilidade do empregador zelar pela saúde e segurança do trabalhador, ainda que se encontre em regime de teletrabalho, em especial com a evolução tecnológica.

A tecnologia à disposição das empresas permite, dentre outras coisas, bloquear o acesso a plataformas e aplicativos utilizados em regime de teletrabalho, zelando pelo controle do limite das horas trabalhadas e das pausas para alimentação e descanso, o que afeta diretamente a saúde e a segurança do trabalho, apenas para citar um exemplo.

A reforma de 2017 ainda consignou que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei”, especificamente quando tratar de teletrabalho, entretanto, essa previsão jamais poderá ser um salvo conduto para suprimir direitos humanos consagrados na legislação e no texto constitucional de 1988.

3. PERÍODO DE EXCEÇÃO DECORRENTE DA PANDEMIA DE COVID-19 E O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

Não é possível desconsiderar que o teletrabalho é um instrumento eficaz e adequado para minimizar o contágio e proliferação das infecções do novo coronavírus:

O teletrabalho, home office, já era uma prática em algumas empresas e, com o novo coronavírus, passou a ser uma urgência para todas, atingindo muitos trabalhadores em todo o mundo. O que era exceção virou regra.

Primeiramente, precisamos pontuar que o home office oferece a relevante oportunidade de manutenção das ocupações para uma parcela da população mundial. Além, é claro, da proteção contra o novo coronavírus, reduzindo o contato social e, conseqüentemente, o contágio e atenuando a curva de infectados com o objetivo de evitar o colapso do sistema de saúde (Brant, 2020, p. 71-75).

Nesse período de exceção é razoável atenuações de exigências normativas justamente para se adaptar à nova realidade, contudo, isso não deve significar supressão ou precarização de direitos trabalhistas.

Dentre as inúmeras fundamentações que foram apresentadas pelos defensores do teletrabalho encontram-se a redução de custos operacionais e a maior produtividade, sendo esse o foco principal do empresariado, como se observa do relato de Luís Paulo Ferraz de Oliveira e Luciano de Oliveira Souza Tourinho:

Essa modalidade de labor foi bem recepcionada pelas empresas (ou impulsionada por elas), tendo em vista que há diminuição dos custos operacionais, tais como: água, luz, internet, serviços de higienização do local de trabalho e, principalmente, com o espaço físico da empresa, que agora não mais necessita de um ambiente grande. Para além disso, o teletrabalho costuma ser executado de forma mais célere, pois não há interferências de colegas de trabalho como na forma presencial, e exige maior concentração do trabalhador que utiliza as tecnologias da informação e da computação na jornada de trabalho (Oliveira; Tourinho, 2020).

Aliás, é nesse momento de intensificação do regime de teletrabalho que os organismos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho, devem zelar pela manutenção dos direitos conquistados ao longo de décadas pelos trabalhadores dada a maior fragilidade dos empregados potencializada pelo receio de perder o posto de trabalho em momentos de crise econômica.

Raquel Brant e Helena Cardoso Mourão retratam de maneira abalizada a deterioração do meio ambiente do trabalho em decorrência da transposição do local de trabalho da empresa para a residência dos trabalhadores e as suas consequências em caráter meramente exemplificativo, uma vez que, com certeza, trata-se de um fenômeno multifacetário, com diversas intercorrências e evoluções, algumas das quais sequer ainda aventadas, entretanto, a reprodução do pensamento dos autores é essencial para permitir as devidas ilações e ponderações:

No formato baseado no cumprimento de metas, o trabalhador se vê compelido a tranquilizar o gestor, levando literalmente para dentro de sua casa o controle dele sobre o seu tempo. Apesar da concorrência que as tarefas domésticas ou o convívio familiar possam trazer ao tempo de esforço laboral, o indivíduo se mantém online e responsivo, registrando o cumprimento de metas e prazos e evitando qualquer impressão de ócio sobre as suas horas. Assim, ao afastar o olhar do empregador da observação do cumprimento da jornada mínima de seus subordinados (controle de frequência), o teletrabalho pode amplificar o poder patronal, que não mais é restrito ao registro do tempo de presença do corpo em determinado ambiente, mas transforma em ambiente laboral qualquer espaço que esse corpo possa ocupar. Podemos dizer que, antes, o trabalho era tradicionalmente possuidor de uma localização geográfica. Agora temos uma espécie de trabalho em nuvem, na qual o sujeito deve registrar continuamente provas de seu esforço (Brant, 2020).

Claiz Gunça e Rodolfo Pamplona Filho alertam que a forma de direção do teletrabalho pelos empregadores pode ocasionar o que denominam de assédio moral organizacional virtual, ressaltando a exigência exagerada por produtividade, mantendo os trabalhadores em permanente conexão:

Em virtude da cultura organizacional de constante conexão e disponibilidade, existe uma pressão por respostas imediatas, independentemente do dia, lugar e horário. Trata-se da telepressão.

É comum, portanto, que o trabalhador responda a e-mails ou envie mensagens instantâneas ao supervisor ou aos clientes fora do horário de trabalho. Quando essa cobrança por conexão permanente e respostas rápidas é acompanhada de condutas abusivas e hostis, inseridas na política gerencial da empresa, surge o assédio moral organizacional virtual.

Com o teletrabalho, a demanda por alta produtividade e constante conexão é ainda maior. O teletrabalho consiste no labor realizado à distância por intermédio da tecnologia da informação (Gunça; Pamplona Filho, 2021).

Durante o período de pandemia de Covid-19, ocasionada pelo novo coronavírus, alterações circunstanciais foram promovidas no teletrabalho no Brasil, em função da edição emergencial da Medida Provisória nº 927 de 2020, publicada em 22 de março de 2020.

Os Artigos 4º e 5º, da Medida Provisória nº 927, de 2020, assim dispunham:

Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o Art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

§ 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso III do caput do Art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

§ 2º A alteração de que trata o caput será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico.

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

§ 5º O tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo.

Art. 5º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes, nos termos do disposto neste Capítulo.

Observe-se que, mesmo diante de um estado de calamidade pública decorrente da pandemia, demonstrou-se uma ausência de preocupação com a superação da jornada de trabalho normal em regime de teletrabalho, afirmando a Medida Provisória nº 927 de 2020 (ato editado pela Presidência da República com força de lei), que “o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo”, o que se torna altamente discutível, ao contrário de outras disposições que se justificam em decorrência da urgência, como, por exemplo, a desnecessidade de acordo individual ou coletivo e respectivo aditamento contratual para a migração ao teletrabalho e seu retorno ao trabalho presencial.

De outro lado, a modificação do regime de trabalho no período de vigência da medida provisória se efetua de acordo com o arbítrio do empregador, desde que “notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico” e os custos da infraestrutura e demais instrumentos adequados para o trabalho ainda depende do que for disposto em contrato escrito prévio ou celebrado dentro de trinta

dias a contar da alteração do regime de trabalho. Nesse caso, incoerente dispensar um acordo para alterar o regime de trabalho e, ao mesmo tempo, exigir um contrato escrito para dispor sobre os custos dessa alteração do regime de trabalho que, como regra, na ausência de disposição escrita, enseja a dispensa de responsabilidade do empregador pelos custos de seu próprio empreendimento. Como forma de atenuar essa obrigação, a Medida Provisória nº 927 de 2020 prevê que o empregador poderá fornecer esses equipamentos e instrumentos de trabalho em regime de comodato, que não se computarão como remuneração ou, ainda, caso seja impossível esse comodato, “o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador”.

A Organização Internacional do Trabalho, nesse contexto, dentre as inúmeras finalidades e os diversos objetivos, almeja a uniformização das legislações dos diversos países no intuito de evitar uma concorrência desleal com a redução dos benefícios sociais e laborais em prol de uma maior competitividade de produtos no mercado internacional, com menores “custos” de produção, justamente pela precarização dos direitos trabalhistas⁴. Essa preocupação ganha contornos mais severos na medida em que os níveis de circulação de pessoas, serviços e produtos vem se intensificando na sociedade global, fruto do multicitado fenômeno globalização, com especial importância em momentos de crise, como ocorre na atualidade, em virtude da pandemia da Covid-19.

⁴ “Inicialmente aborda-se quais foram os motivos mais importantes para a internacionalizar a proteção do trabalhador. Tomando-se por base a OIT, constitui sua razão essencial de se internacionalizar, de forma eficaz e permanente, a proteção do trabalhador, estabelecendo um nível mínimo de benefícios que todos os países respeitem. Os motivos que justificam esse propósito podem resumir-se a cinco pontos principais: a) a universalidade dos problemas; b) o perigo da concorrência desleal entre os Estados; c) a solidariedade entre os trabalhadores de diversos países; d) o desenvolvimento das migrações; e) a contribuição para a paz” (Gunther, 2011).

Não existe ainda uma convenção ou recomendação⁵ da OIT específica sobre a pandemia ocasionada pela Covid-19, circunstância justificável diante da situação vivenciada pelos diversos Estados e potencializada pelas dificuldades de composição das posições antagônicas, até mesmo diante dos empecilhos de deliberação em reunião dada as restrições de aglomeração.

No site da Organização Internacional do Trabalho consta um informativo intitulado "As normas da OIT e a COVID-19 (coronavírus) - Perguntas frequentes - Disposições fundamentais sobre as Normas Internacionais do Trabalho pertinentes ao contexto do surto da COVID-19" (OIT, 2020), em que de maneira expressa consigna as normas internacionais em vigor que estabelecem as obrigações e os deveres de empregadores e empregados durante a pandemia. Curiosamente, apesar dos avanços tecnológicos nas últimas décadas, o documento ressalta que no âmbito da OIT, não há normas específicas em vigor regulando o teletrabalho apesar de reconhecer que, na atualidade, essa modalidade de trabalho vem sendo estimulada pelos empregadores como uma das formas de conter o avanço das infecções decorrentes do novo coronavírus.

Apesar desse vácuo de regulação, o documento supracitado destaca que "a Comissão de Peritos tratou esta questão no âmbito de pesquisa *General Survey on Working Time instruments* e, mais recentemente, na pesquisa intitulada *Promoting Employment and Decent Work in a Changing Landscape*", o que demonstra uma preocupação da entidade internacional com essa modalidade de trabalho impulsionada pela pandemia de Covid19, o que em breve deve ensejar a edição de uma norma internacional, no intuito de uniformizar e harmonizar a legislação interna dos países em prol da proteção dos direitos e do resguardo da saúde e da segurança dos trabalhadores em geral.

Enquanto uma norma específica não for cunhada no âmbito de Organização Internacional do Trabalho é possível extrair da

⁵ "As convenções, insista-se, equivalem a um tratado celebrado entre Estados; as recomendações, entretanto, são simples sugestões que se dirigem aos Estados-membros pra que, se aceitas, se formule um projeto de lei" (Gunther, 2011).

Convenção nº 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores princípios e disposições tutelares em prol do resguardo da dignidade da prestação de trabalho pelos empregadores, com o objetivo de minorar ou neutralizar eventuais prejuízos aos empregados e demais trabalhadores que se encontram em regime de teletrabalho.

Enquanto as normas internacionais e as modificações legislativas internas, no Brasil, em prol da saúde e da segurança dos trabalhadores, não forem expressamente implementadas, caberá ao Poder Judiciário conformar as normas tutelares de saúde e de segurança do trabalho à nova realidade imposta pela proliferação do regime de teletrabalho.

CONCLUSÃO

Além dos direitos trabalhistas que devem ser preservados em todos os regimes de trabalho (presencial e teletrabalho), o que por certo influenciará a interpretação das normas legais pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais a médio e a longo prazo, outras questões afetas à economia não estão sendo apreciadas de maneira ponderada e com a devida atenção para evitar consequências futuras nefastas.

A título de exemplo, observa-se uma intensa propaganda e ampla publicidade acerca das vantagens do regime de teletrabalho para o empregador, com a redução de custos com o fornecimento de água, energia elétrica, alimentação, transporte etc. Ocorre que os empregados passarão a ter maiores gastos justamente em decorrência de estarem trabalhando em regime de teletrabalho, com água, energia elétrica, internet, aquisição de móveis e computadores. Acrescente-se a isso a intensificação de doenças impactantes na saúde do trabalhador, justamente por não se deslocar mais ao trabalho, permanecendo sentado durante toda a jornada de trabalho, sem mencionar o impacto do isolamento no âmbito psicológico do trabalhador, dentre inúmeras outras consequências.

Em uma acepção macro ainda é possível indicar os impactos negativos na economia, com a redução drástica do consumo de alimentos, café, lanches e demais produtos que os trabalhadores adquirem em bares, restaurantes, cafeterias, bancas de jornal e outras lojas que se localizam nos arredores da empresa em que costumavam trabalhar presencialmente.

Pergunta-se: se todos estiverem em casa em teletrabalho quem irá almoçar em um restaurante próximo ao local presencial de trabalho?

Observa-se que há efetivo prejuízo às atividades comerciais durante todo o deslocamento de ida e volta ao trabalho, que não se restringe à alimentação, pois o consumo de uma roupa ou eletrodoméstico é potencializado com o indivíduo vendo a loja física ou vendo uma publicidade na rua, que o estimula a ingressar no estabelecimento comercial para adquirir o produto naquele momento ou o faz pensar e retornar outro dia, por costumeiramente passar por aquele trajeto. Se soluções não forem pensadas e planejadas desde já a redução dos custos com o teletrabalho que beneficia, a princípio, apenas o empregador, acabará por aniquilar outros setores da economia em um efeito dominó infundável, com fluxos contínuos de desemprego, sem possibilidade de absorção dos trabalhadores pelo mercado de trabalho.

Toda ação ou conduta, planejada ou não, gera um impacto nas relações sociais com consequências que podem, muitas vezes, serem antevistas, portanto, esse é o momento para ponderarmos quais os caminhos que devemos realmente traçar, avaliando os aspectos conjunturais e não apenas os circunstanciais que, por sua vez, poderão atrair problemas mais severos para a sociedade como um todo, caso não implementadas políticas públicas de fomento econômico cumuladas com garantias e benefícios sociais.

As perguntas e as indagações são inúmeras, por conseguinte, já é chegada a hora de buscarmos algumas respostas baseadas em um planejamento estratégico adequado em que a contribuição da OIT será essencial.

Assim, no intuito de colaboração acadêmica, deixamos nossa contribuição, na esperança de que as dificuldades e os problemas intuídos e projetados sejam contornados pelos políticos, empregadores e empregados em prol de todos os cidadãos que compõem os diversos países, que, por sua vez, diante da globalização, encontram-se interligados umbilicalmente sobretudo nos aspectos econômicos.

As ponderações apresentadas devem balizar as discussões na doutrina e na jurisprudência para aperfeiçoar a interpretação das normas legais de acordo com os fins sociais a que elas se destinam e propiciar uma atuação mais efetiva não só do Poder Judiciário, como também do Congresso Nacional e, sobretudo, da OIT.

REFERÊNCIAS

- BRANT, R.; MOURÃO, H. C. Desafios do teletrabalho na pandemia COVID-19: quando o home vira office. **Caderno de Administração**, Maringá, v. 28, p. 71-75, jun. 2020. Disponível em: <http://periodicos.eum.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/53637/751375150139>.
- GUNÇA, C.; PAMPLONA FILHO, R. Teletrabalho e assédio moral organizacional virtual. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 248, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7078>.
- GUNTHER, L. E. A OIT e a uniformização das normas trabalhistas. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 11-78, dez. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/97619>.
- OLIVEIRA, L. P. F. de; TOURINHO, L, de O. S. Síndrome de Burnout, teletrabalho e revolução tecnológica: um estudo do adoecimento profissional em tempos de Covid-19. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, v. 3, 2020. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/83>.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As normas da OIT e a COVID-19 (coronavírus): perguntas frequentes**. Disposições fundamentais sobre as Normas Internacionais do Trabalho pertinentes ao contexto do surto da COVID-19. Brasília, DF: OIT, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/--ilo-brasilia/documents/publication/wcms_745248.pdf.
- ROCHA, C. T. M. da; AMADOR, F. S. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 16, n. 1, p. 152-162, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-39512018000100152&script=sci_arttext.

PARTE IV

A INFLUÊNCIA DAS NORMAS DA OIT SOBRE OS DIREITOS DO TRABALHO NACIONAIS

ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE O USO DAS NORMAS DA OIT PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS¹

SOME OBSERVATIONS ON THE USE OF ILO STANDARDS BY NATIONAL COURTS

Xavier Beaudonnet*

INTRODUÇÃO

Enquanto a Organização Internacional do Trabalho (OIT) celebra seu primeiro centenário, sua atividade normativa, um aspecto central de sua identidade ao lado do tripartismo, permanece até hoje como sua ferramenta mais poderosa. Se, desde 1919, as numerosas convenções e recomendações internacionais do trabalho, adotadas de forma tripartida pela OIT, têm desempenhado um papel fundamental no desenvolvimento dos direitos laborais nacionais, elas têm essencialmente cumprido esta tarefa orientando o conteúdo das leis e regulamentos adotados pelos poderes legislativos e executivos nacionais.

Até o início da década de 1990², entretanto, havia poucas decisões de tribunais nacionais baseadas, pelo menos

¹ Artigo originalmente publicado por Xavier Beaudonnet, em 2019, no volume comemorativo "*ILO100 – Law for Social Justice*" de Georges Politakis, Tomi Kohiyama e Thomas Lieby, sob o título "*Quelques observations sur l'utilisation des normes de l'OIT par les tribunaux nationaux*". Artigo traduzido por Ana Cristina Alves de Paula.

* Coordenador de Negociação Coletiva do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

² A esse respeito, é interessante notar que, em um trabalho pioneiro de Virginia Leary, publicado em 1982 e dedicado à incorporação direta das convenções internacionais

explicitamente, nas normas internacionais do trabalho (NIT) adotadas pela OIT. Na verdade, a atenção dispensada pela própria Organização às possíveis contribuições dos judiciários nacionais para a implementação de seus padrões há muito tempo permanece limitada³.

Nas últimas três décadas, no entanto, um desenvolvimento muitas vezes discreto, mas não menos significativo, ocorreu gradualmente na consideração por muitos órgãos judiciais nacionais dessas fontes internacionais⁴. Os acórdãos explicitamente baseados nas NIT são ainda quantitativamente poucos e assim permanecerão devido à natureza desses instrumentos, constituídos por disposições de conteúdo muitas vezes genérico e que não pretendem substituir as legislações nacionais, mas, pelo contrário, contribuir para o seu desenvolvimento.

No entanto, a pesquisa realizada pelo Centro Internacional de Formação da OIT⁵ agora identifica exemplos do uso judicial explícito das NIT, em mais de 60 países com características jurídicas muito diferentes e incluindo ambos os países que se enquadram nas categorias monista e dualista de recepção do direito internacional no direito interno⁶. Para além dos números, é sobretudo o aspecto

do trabalho ao direito interno, a autora identificou apenas um número limitado de decisões de tribunais nacionais com base nos padrões da OIT (Leary, 1982).

³ Notaremos, a este respeito, que foi a partir de 1984 que a OIT começou a organizar as reuniões anuais dos juízes do trabalho europeus e que foi a partir de 1999, que o Centro Internacional de Formação da OIT lançou um programa de formação regular em normas internacionais do trabalho para juízes, advogados e professores de direito.

⁴ Ver, por exemplo, Thomas, Oelz e Beaudonnet (2004).

⁵ Ver, a este respeito, a coleção eletrônica muito interessante de decisões judiciais que fazem uso do Direito Internacional do Trabalho desenvolvida pelo Centro Internacional de Formação da OIT (<http://compendium.itcilo.org/>).

⁶ Mesmo que, na prática, essa distinção binária esteja frequentemente longe de ser absoluta, vale lembrar que, de maneira esquemática, são considerados monistas os países nos quais o direito interno e o direito internacional são percebidos como pertencendo a uma mesma ordem jurídica e onde, por isso, os tratados ratificados fazem diretamente parte do direito interno. Por outro lado, são considerados dualistas os países nos quais o direito interno e o direito internacional são

qualitativo desta evolução que chama a atenção, na medida em que a consideração por determinados tribunais superiores ou constitucionais das NIT e o trabalho dos órgãos de controle da OIT que os acompanham contribuem para um maior respeito pelas convenções trabalhistas internacionais e mudanças significativas nos direitos trabalhistas nacionais.

A tendência descrita não é específica do direito internacional do trabalho e faz parte de um movimento mais amplo em direção à consideração judicial do direito internacional dos direitos humanos em geral, explicitamente incentivado pelos órgãos responsáveis pela supervisão dos dois Pactos das Nações Unidas em matéria de direitos civis e políticos, por um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, por outro⁷.

Embora ciente de que a prática do uso judicial das NIT também se expressa em tribunais internacionais, em particular em tribunais regionais competentes em matéria de direitos humanos⁸, este artigo enfocará esse fenômeno do ponto de vista dos tribunais nacionais. Sem pretender ser exaustivo, ele vai se concentrar em primeiro lugar em ilustrar o impacto da consideração judicial das NIT sobre as mudanças em certos direitos trabalhistas nacionais. Em seguida, ele se empenhará em compreender melhor as técnicas jurídicas que fundamentam e acompanham a referência judicial mais frequente às NIT, antes de finalmente enfatizar que o uso dessas fontes pelos

concebidos como duas ordens distintas, e a ratificação e a publicação dos tratados internacionais não são suficientes para integrá-los ao direito interno, sendo a aplicabilidade de suas disposições no plano nacional de fato dependente de sua incorporação na ordem jurídica do país por meio, por exemplo, de uma lei posterior à ratificação.

⁷ Ver, em particular, o Comentário Geral nº 9 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre a aplicação interna do Pacto, publicado em 1998, e que evoca em várias ocasiões as possibilidades da tomada em consideração judicial de suas várias disposições.

⁸ Sobre este assunto, ver Ebert e Oelz (2012).

tribunais nacionais ainda está longe de constituir uma prática universal e perene⁹.

1. ALGUMAS ILUSTRAÇÕES DO IMPACTO DA CONSIDERAÇÃO JUDICIAL DAS NIT NO DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NACIONAIS

Embora não seja incomum que a referência às normas da OIT nas decisões dos tribunais nacionais seja principalmente simbólica ou mesmo decorativa, também é verdade que em muitos países o uso judicial dessas fontes contribui de maneira importante, não apenas para o cumprimento dos direitos internos com os compromissos internacionais dos países envolvidos, mas também com mudanças substanciais nos direitos trabalhistas nacionais. Embora seja impossível ser exaustivo nesta área e não se trate de destacar um exemplo nacional específico e não outro, citaremos aqui, a título de ilustração, uma série de temas em relação aos quais o uso das normas da OIT pelas autoridades judiciárias nacionais produziu um impacto notável no direito positivo de vários países.

Em matéria de liberdade sindical e negociação coletiva, um tema particularmente importante no sistema normativo da OIT, um número significativo de tribunais supremos ou constitucionais baseiam-se nas fontes da OIT para garantir que sua ordem jurídica conceda o reconhecimento desses direitos fundamentais. Assim, no que diz respeito ao âmbito pessoal da liberdade sindical, o uso judicial da Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical (nº 87), de 1948, tornou possível em alguns países consolidar o reconhecimento do caráter universal da liberdade sindical, declarando a inconstitucionalidade das exclusões legislativas que afetam certas categorias de trabalhadores vulneráveis, como os trabalhadores agrícolas.¹⁰

⁹ Este artigo desenvolve o conteúdo de uma nota publicada pelo autor em 2016, na *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*. Ver Beaudonnet (2016).

¹⁰ Ver, por exemplo, a Suprema Corte do Canadá (2001), no caso *Dunmore x Ontario (Attorney General)* (2001 SCC 94).

Existem também muitos exemplos de diferentes tribunais superiores e constitucionais que interpretam as suas constituições nacionais à luz das normas da OIT e do trabalho dos órgãos de supervisão correspondentes, a fim de avaliar a validade das disposições legislativas ou regulamentares que estabelecem os contornos e limites do direito à greve. Neste contexto, os instrumentos internacionais contribuem em certos casos para a anulação ou minimização de certas restrições ao exercício deste direito¹¹ e, noutros casos, ao contrário, para a confirmação da sua validade.¹²

A complexa questão do exercício do direito à negociação coletiva no setor público, que requer a conciliação de objetivos e interesses muitas vezes contraditórios, é outro exemplo em que as contribuições diferenciadas e equilibradas de fontes da OIT (2013) podem fornecer um apoio muito útil para tribunais responsáveis por garantir ao mesmo tempo, o bom funcionamento do Estado, o equilíbrio das contas públicas, bem como o respeito pela democracia social e pelos direitos sindicais dos funcionários públicos.¹³

Finalmente, em outros casos, a referência judicial às normas internacionais contribui para aumentar a eficácia da proteção concedida pela lei às vítimas de discriminação antissindical, por exemplo, ao estender o âmbito pessoal dessa proteção para além dos representantes sindicais ou ressaltando, em outros casos, o

¹¹ Ver, por exemplo, a invalidação da proibição de greves de pilotos e trabalhadores de companhias aéreas, pelo Tribunal Industrial Nacional da Nigéria (2014), no caso *Aero Contractors Co. of Nigeria Limited x National Association of Aircrafts Pilots and Engineers, Air Transport Senior Staff Association of Nigeria and National Union of Air Transport Employees* (NICN/LA/120/2013).

¹² Ver, por exemplo, sobre a confirmação do caráter constitucional da proibição do direito de greve para membros das forças armadas, a Corte Constitucional da África do Sul (1999), no caso *South African National Defence Union x Minister of Defence* (CCT 27/98).

¹³ Ver, por exemplo, o Tribunal Constitucional do Peru (2016), no caso *Ciudadanos, Colegio de Abogados de Tacna y Colegio de Abogados de Junin x Congreso de la Republica*.

caráter insuficiente da indenização pecuniária e reconhecendo a necessidade de eliminar a situação discriminatória.¹⁴

Em matéria de igualdade no emprego e na ocupação, o recurso judicial ao direito internacional do trabalho tem permitido em vários países incorporar novos conceitos através de uma interpretação extensiva da legislação nacional à luz das normas da OIT, garantindo assim a conformidade do direito interno com o direito internacional. Conceitos importantes como discriminação indireta¹⁵ ou assédio sexual¹⁶ foram reconhecidos em diferentes países por tribunais que, neste caso, muitas vezes se basearam na Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão) (nº 111), de 1958, e nos trabalhos correspondentes dos órgãos de supervisão da OIT, bem como na Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

Outra ilustração dessa tendência diz respeito à igualdade de remuneração entre homens e mulheres. Embora, em alguns países, a legislação nacional inicialmente previsse a aplicação deste princípio apenas a casos de emprego idêntico (trabalho igual, salário igual), vários tribunais nacionais optaram por interpretar sua legislação doméstica à luz da Convenção (nº 100), sobre a Igualdade de Remuneração, de 1951, alargando assim a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres às situações em que os trabalhadores desempenham funções diferentes.¹⁷

Por último, como já foi referido no que se refere à discriminação antissindical, a referência judicial a fontes da OIT relativas à igualdade no emprego e na ocupação tem, noutros casos, contribuído para aumentar a eficácia da proteção concedida por lei

¹⁴ Ver, por exemplo, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (2018), no caso *José Gilberto Varela x Disco S.A.*, ou o Tribunal Constitucional da Espanha (1981), no caso nº 38/1981.

¹⁵ Ver, por exemplo, a Corte Federal da Austrália (2000), no caso *The Commonwealth of Australia x Human Rights & Equal Opportunity Commission*.

¹⁶ Ver, por exemplo, a Corte Superior da Tanzânia (2013), no caso *Nicodemu Mwita x Bulyanhulu Gold Mine*.

¹⁷ Ver, por exemplo, a Suprema Corte da Índia (1987), no caso *Mackinnon Mackenzie x Audrey D'Costa and another*.

às vítimas de discriminação profissional. Nesse sentido, diversos acórdãos de tribunais constitucionais concluíram que, de acordo com as orientações conjuntas de sua constituição e do direito internacional do trabalho, a eliminação efetiva das práticas discriminatórias no trabalho implica ir além da atribuição de uma simples compensação financeira em benefício dos trabalhadores que foram vítimas e lhes conceder uma reparação integral pelos seus danos profissionais.¹⁸

Em vários países de *common law*, a afirmação de um sistema jurídico de demissão distinto daquele do direito comum de rescisão de contrato foi feita pelos tribunais com base nas convenções e recomendações relevantes da OIT sobre este assunto.¹⁹ Nesses diferentes países, as leis trabalhistas não impunham explicitamente a obrigação geral de basear a demissão em um motivo legítimo, nem a necessidade de preceder a rescisão do contrato pelo empregador por uma entrevista prévia com o empregado. Na África do Sul²⁰, Botsuana²¹ e Trindade e Tobago²², os tribunais do trabalho deram uma contribuição decisiva para o desenvolvimento desses conceitos no direito interno, considerando que seu reconhecimento pelas convenções e recomendações da OIT adotadas de forma tripartite demonstraram sua natureza como princípios fundamentais de relações de trabalho.

¹⁸ Para um caso de discriminação antissindical durante a rescisão do contrato de trabalho que conduziu à reintegração de trabalhadores, ver o acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha mencionado anteriormente. Para um caso de discriminação no emprego com base em HIV/AIDS e que levou à contratação do candidato anteriormente malsucedido, consulte a Corte Constitucional da África do Sul (2000), no caso *Jacques Charl Hoffman x South African Airways*.

¹⁹ Isso diz respeito, em particular, à Convenção n° 158 e à Recomendação n° 166 sobre o Término da Relação de Trabalho, de 1982.

²⁰ Ver Van Niekerk (1996).

²¹ Ver, por exemplo, sobre a necessidade de fundamentar a demissão em justa causa, o Tribunal do Trabalho de Botsuana (1999), no caso *Joel Sebonego x News Paper Editorial and Management Services Ltd.*

²² Ainda sobre a necessidade de basear a rescisão em um motivo legítimo, consulte, por exemplo, o Tribunal do Trabalho de Trindade e Tobago (1998), no caso *Bank and General Workers' Union x Home Mortgage Bank*.

No que diz respeito aos direitos dos povos indígenas, o uso interpretativo da Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais (nº 169), de 1989, e o trabalho relacionado dos órgãos de supervisão da OIT tem permitido muitos tribunais superiores para a América Latina, acompanhados neste pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicar e interpretar suas constituições e legislações nacionais de forma a conciliar os direitos dos povos indígenas em seus próprios territórios com as necessidades de desenvolvimento econômico do país em questão.²³

A jurisprudência, por vezes muito sofisticada, desenvolvida por certos tribunais no que diz respeito aos mecanismos de consulta prévia aos povos indígenas e seus efeitos jurídicos ilustra a forma como o direito internacional do trabalho (ou, neste caso, o direito internacional dos direitos humanos) pode ajudar a lançar as bases para desenvolver respostas jurídicas nacionais sólidas e equilibradas a questões muito complexas. Uma vez que a questão dos direitos dos povos indígenas é caracterizada pela pluralidade de fontes aplicáveis do direito internacional, deve-se notar a este respeito o quanto a jurisprudência de certos tribunais contribui, por meio de uma aplicação sistêmica e integrada do direito internacional, para um processo harmonizado de implementação das várias convenções, pactos e declarações relevantes sobre o assunto.²⁴

A lista de temas que ilustram as contribuições do uso judicial das NIT ainda pode ser longa no que diz respeito a questões como existência de vínculo empregatício, trabalho infantil, trabalho forçado, saúde e segurança no trabalho, previdência social ou mesmo férias remuneradas²⁵. Frequentemente, os desenvolvimentos

²³ Ver, a este respeito, a coleção muito interessante de casos preparada pela OIT (2009).

²⁴ Sobre, por exemplo, a muito debatida questão dos efeitos jurídicos do direito dos povos indígenas à consulta prévia, ver a muito interessante sentença da Corte Constitucional da Colômbia (2018), no caso *Awá "La Cabaña"*.

²⁵ Ver a coleção de decisões judiciais mencionada na nota nº 5.

na jurisprudência descritos são seguidos por reformas legislativas que consolidam na lei escrita as soluções adquiridas nos tribunais.²⁶

Em alguns outros casos, entretanto, os poderes legislativos às vezes ficam para trás em relação aos avanços da jurisprudência. É o caso, por exemplo, quando a invalidação judicial das disposições de uma lei devido ao seu conflito com as NIT não é seguida da adoção de nova legislação que permitiria a implementação de forma coerente das novas orientações inspiradas no direito internacional do trabalho.²⁷ É também o caso quando os tribunais constitucionais exortam os seus parlamentos nacionais a adotarem legislação em conformidade com as diretrizes das normas da OIT, sem que os poderes legislativos deem sempre efeito imediato às decisões do seu Tribunal Constitucional.²⁸

Os vários exemplos que acabamos de descrever nesta primeira parte sublinham, portanto, que, num número substancial de casos, a consideração das NIT pelos tribunais nacionais constitui um importante vetor de influência do direito internacional do trabalho sobre os direitos nacionais. É agora adequado centrar-se na evolução das técnicas jurídicas para ter em conta o direito

²⁶ Ver, por exemplo, o caso da África do Sul no tocante à fiscalização de demissões, o da Espanha e da Costa Rica no tocante à proteção contra a discriminação antissindical, o do Peru no tocante à consulta prévia aos povos indígenas, ou mesmo mudanças na legislação de vários países europeus em termos de igualdade de remuneração para homens e mulheres por trabalho de igual valor.

²⁷ Ver, a este respeito, a legislação sindical argentina.

²⁸ Ver, a este respeito, a decisão C-796/14 da Corte Constitucional da Colômbia solicitando ao poder legislativo que adote uma lei definindo e regulamentando o exercício do direito de greve no setor de hidrocarbonetos com base nas diretrizes dos órgãos de controle da OIT em relação à definição de serviços essenciais. Ver também a decisão do Tribunal Constitucional do Peru, de 3 de setembro de 2015 (0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC e 0023-2013-PI/TC), declarando inconstitucional, com base na Convenção nº 98 (Direito de Organização e de Negociação Coletiva), e na Convenção nº 151 (Relações de Trabalho na Administração Pública), a proibição completa da negociação coletiva de remunerações no setor público e solicitando ao Congresso da República que legisle sobre a questão de maneira a conciliar o direito de negociação coletiva com os imperativos de equilíbrio das contas públicas.

internacional pelos tribunais nacionais, que acompanham as tendências da jurisprudência acima mencionadas.

2. UM FENÔMENO QUE SE BASEIA NA AMPLIAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO CONSIDERADAS JUDICIALMENTE RELEVANTES

Voltando agora para as técnicas jurídicas subjacentes ao uso das NIT pelos tribunais nacionais, pode-se ver que o uso judicial mais frequente de instrumentos internacionais de trabalho, notado em um número significativo de países, é baseado em um movimento duplo conjunto de conhecimento mais detalhado de o último pelos tribunais e expansão de fontes internacionais consideradas judiciosamente relevantes.

Embora seja realista sobre a extensão do potencial de utilização judicial das NIT e ao mesmo tempo sublinhe a heterogeneidade de abordagens de acordo com as várias ordens jurídicas nacionais (e, dentro delas, de acordo com as respectivas competências dos seus vários tribunais), a resulta da tendência acima mencionada que as situações em que o direito internacional do trabalho é susceptível de ser mobilizado judicialmente são menos raras do que o que resultaria de uma compreensão clássica dos vínculos entre o direito internacional e o direito interno.

Lembraremos aqui de forma esquemática que uma abordagem doutrinária tradicional²⁹ para determinar os aspectos dos instrumentos internacionais passíveis de serem aplicados pelos tribunais nacionais consiste em distinguir, por um lado, as disposições internacionais que reconhecem aos sujeitos de direito direitos suficientemente claros e precisos para serem diretamente exigíveis perante os tribunais, mesmo na ausência de legislação nacional desenvolvendo o seu conteúdo (disposições consideradas diretamente aplicáveis ou *self-executing*) daquelas que exigem que

²⁹ Para tal abordagem, ver, por exemplo, Valticos e Potobsky (1995), ou ainda, Molina (2005).

os Estados adotem legislação ou o desenvolvimento de políticas públicas (disposições consideradas programáticas), esta última categoria não sendo considerada como judicialmente aplicável.

Uma relativização e superação desta distinção é, agora, visível na prática de um número significativo de tribunais nacionais e se expressa, por um lado, pelo reconhecimento de que muitas disposições internacionais contêm tanto aspectos programáticos³⁰ como aspectos programáticos e, por outro lado, pela consideração de que a aplicabilidade jurisdicional de uma disposição dificilmente pode ser definida de forma abstrata e absoluta, mas que, pelo contrário, parece mais adequado determiná-la *in concreto*, em função dos elementos específicos de cada litígio e do papel que o tribunal atribui à fonte internacional em sua resolução.

No que diz respeito ao conteúdo dos instrumentos internacionais, Victor Abramovitch e Christian Courtis explicam de forma convincente que as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos geralmente contêm tanto aspectos diretamente aplicáveis (e, portanto, judicialmente aplicáveis), na medida em que o objetivo desses instrumentos é criar obrigações para com os Estados quanto aspectos programáticos, na medida em que sua implementação geralmente requer desenvolvimentos legislativos e institucionais para que os tratados possam produzir seus efeitos plenos. De acordo com esta compreensão diferenciada do conteúdo dos instrumentos internacionais, é a respectiva importância dos aspectos diretamente aplicáveis e programáticos que variam de acordo com cada disposição.

Uma ilustração dessa análise pode ser encontrada nas disposições das convenções internacionais do trabalho, que são "limitadas" a exigir que os Estados implementem uma política geral para atingir os objetivos estabelecidos pela convenção. Embora tenham um caráter programático inegável, essas disposições exigem também a adoção de medidas imediatas, nomeadamente a revogação de disposições internas contrárias aos objetivos fixados

³⁰ Ver, a este respeito, Abramovitch e Courtis (2002).

pela convenção,³¹ o que poderia conferir-lhes efeito direto no contexto de litígios relativos à validade das referidas disposições nacionais.

O exame deste mesmo tipo de norma permite também compreender que dificilmente se pode determinar a aplicabilidade judicial de uma norma internacional de forma abstrata, sem que o seu conteúdo seja confrontado com as características próprias de cada litígio, tendo em conta em particular o tipo de problema jurídico a resolver e a função atribuída ao direito internacional pelo tribunal na resolução do litígio (resolução direta do litígio ou função interpretativa do direito interno?).³² É assim que uma disposição internacional que estabelece objetivos programáticos e que poderia se revelar insuficientemente precisa para resolver diretamente uma primeira disputa que consiste, por exemplo, em determinar com precisão os direitos de um litigante, pode, no entanto, ser útil no contexto de outra controvérsia destinada a examinar a validade de uma disposição de direito interno.

Ao examinarmos agora algumas ilustrações concretas desta abordagem relaxada, da aplicabilidade judicial do direito internacional do trabalho, é possível identificar primeiro uma série de decisões judiciais de países monistas onde os tribunais não hesitam em resolver uma disputa diretamente, com base em disposições de convenções internacionais ratificadas que, é claro, reconhecem direitos ou estabelecem regras, mas que, no entanto, não estabelecem com precisão seu conteúdo ou escopo e cuja plena implementação, portanto, requer a adoção de medidas adicionais por parte do Estado.

Assim, o Tribunal de Cassação francês faz uso do Art. 2 (b) da Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho (nº 158), de 1982, que permite excluir do âmbito da proteção contra demissão

³¹ Observar que o Art. 2º da Convenção nº 111 da OIT ilustra explicitamente essa abordagem.

³² Sobre as diferentes tipologias de uso judicial do direito internacional do trabalho, ver a coleção de decisões judiciais mencionada na nota nº 5. Ver também Beaudonnet (2005).

sem justa causa as pessoas sujeitas a um período de julgamento quando a sua duração é previamente fixada e razoável, sem que esta disposição especifique, no entanto, o que constitui um prazo razoável. Esta indeterminação não impede a Corte de considerar esta disposição como diretamente aplicável, embora se reserve o direito de interpretar o que, em sua opinião, constitui um período probatório não razoável³³ segundo os requisitos da Convenção.

Da mesma forma, diante de certas limitações em sua legislação nacional, o Tribunal Superior do Trabalho do Brasil e a Suprema Corte da Costa Rica recorreram, a fim de sancionar de forma mais eficaz as demissões antissindicais, ao Art. 1º da Convenção sobre o Direito de Organização e Negociação Coletiva (nº 98), de 1949, que reconhece o direito dos trabalhadores a uma proteção adequada contra a discriminação antissindical, sem que esse dispositivo defina, entretanto, a adequação dessa proteção.³⁴

Em sentença de 2014³⁵ sobre as consequências da falência de uma empresa, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, a fim de garantir a primazia dos créditos trabalhistas sobre as da administração da Receita Federal, afastou as disposições legislativas em vigor e resolveu diretamente a controvérsia com base no Art. 8 (1) da Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em

³³ Em sentença de 26 de março de 2013 (recurso nº 11-25580), a Câmara Social do Tribunal de Cassação francês, por exemplo, considerou irrazoável, tendo em vista os requisitos da Convenção nº 158, um período de julgamento cuja duração, renovação incluída, chega a um ano. Observe também o parecer nº 15012 da Câmara Social do Tribunal de Cassação de 17 de julho de 2019, no qual o Tribunal considera como diretamente aplicável o Art. 10 da Convenção nº 158 que dispõe que os órgãos responsáveis por decidir sobre as dispensas de validade “deverão ter poderes para ordenar o pagamento de uma compensação adequada ou qualquer outra forma de compensação considerada adequada”. Mais uma vez, o caráter indeterminado dos diversos conceitos utilizados pela norma internacional não é mais visto como um obstáculo à sua aplicabilidade judicial.

³⁴ Ver o Tribunal Superior do Trabalho do Brasil (2012), no caso *Zavascki Roberto Antonio x Companhia Minuano de Alimentos* (TST-RR-77200-27.2007.5.12.0019), e a Corte Suprema de Justiça da Costa Rica (1993), na decisão nº 5000-93.

³⁵ Ver a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (2014), no caso *Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. x Quiebra*.

Caso de Insolvência do Empregador (nº 173), de 1992, que estipula que a legislação nacional deve colocar os créditos trabalhistas trabalhadores em um nível mais alto de privilégio do que a maioria das outras reivindicações privilegiadas, e em particular as do Estado e da previdência social, ainda que não tenham sido adotadas as disposições legislativas necessárias à aplicação deste artigo da Convenção.

Estes poucos exemplos refletem uma maior apropriação das convenções internacionais do trabalho ratificadas pelos tribunais em questão, na medida em que o facto de as disposições internacionais aplicadas exigirem a adoção de medidas nacionais que garantam a sua plena implementação não foi impedido de serem consideradas plenamente aplicáveis as regras estabelecidas por eles.

Existem também vários casos em que a utilização de disposições principalmente programáticas contidas nas convenções da OIT permitiu aos tribunais avaliar a validade de certas disposições ou decisões nacionais ou interpretar o conteúdo da sua constituição ou legislação nacional. A este respeito, é interessante ver como o Tribunal Constitucional da África do Sul, no contexto de um recurso para a proteção dos direitos fundamentais, utilizou o Art. 2 da Convenção sobre Discriminação (Emprego e Ocupação) (nº 111), de 1958, que impõe aos Estados Partes a obrigação de implementar uma política nacional destinada a eliminar toda discriminação no emprego e na ocupação, a fim de consolidar sua interpretação de sua Constituição Nacional e considerar que a discriminação na contratação sofrida por pessoa soropositiva deve implicar na eliminação dessa situação e, conseqüentemente, na contratação da pessoa em questão.

Por fim, destacaremos os casos em que os tribunais nacionais se baseiam nas fontes não vinculativas da OIT, como convenções trabalhistas internacionais não ratificadas, recomendações internacionais do trabalho ou comentários de órgãos de supervisão, seja para interpretar disposições de sua legislação nacional, seja para reconhecer a existência de princípios do direito do trabalho.

O fato de a fonte internacional não constituir a base jurídica direta para a resolução da disputa, mas apenas uma base para o raciocínio do juiz, torna ineficaz a distinção entre disposições diretamente executáveis e programáticas bem como entre fontes vinculativas e não vinculativas.

Além dos exemplos já mencionados de tribunais em países de *common law* referentes à Convenção nº 158, não ratificada por seu país, para identificar os princípios gerais aplicáveis à demissão³⁶, citaremos aqui uma decisão já antiga, mas muito interessante, do Tribunal Constitucional espanhol na qual o tribunal superior interpretou as disposições da sua Constituição sobre a liberdade sindical à luz da Recomendação (nº 143) relativa aos representantes dos trabalhadores, de 1971 e, com base nisso, concedeu aos candidatos ao cargo de representante sindical maior proteção contra a discriminação antissindical.³⁷

Conforme observado judiciosamente em um comentário do professor Dunand (2018), uma decisão do Tribunal Federal Suíço de 6 de setembro de 2017³⁸ constitui um excelente resumo dos vários desenvolvimentos descritos anteriormente e do relaxamento da posição adotada por muitos tribunais em relação ao judiciário aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos em geral e do direito internacional do trabalho em particular. Em uma sentença de 2012,³⁹ o tribunal federal afastou a possibilidade de se referir às convenções da OIT para interpretar as disposições da Constituição suíça sobre liberdade sindical, devido à suposta falta de “aplicabilidade direta” dessas disposições. Em 2017, o Supremo Tribunal Federal alterou substancialmente a sua posição num acórdão que declarou inconstitucionais os regulamentos cantonais que estabelecem como princípio a proibição de acesso dos

³⁶ Ver a coleção de decisões judiciais mencionada na nota nº 5.

³⁷ Ver o Tribunal Constitucional da Espanha (1981), no caso nº 38/1981.

³⁸ Ver o Tribunal Federal Suíço (2017), no caso *Sindacato svizzero dei servizi pubblici, SSP/VPOD Zurigo/Lugano x Consiglio di Stato del Cantone Ticino* (2C_499/2015).

³⁹ Ver o Tribunal Federal da Suíça (2012), no caso nº 6B_758/2011.

representantes sindicais aos edifícios da administração pública e prevê apenas exceções estreitas a esta proibição.

Por considerar que o reconhecimento constitucional da liberdade sindical exige que os representantes sindicais tenham, respeitando o funcionamento da administração, o direito de acesso aos edifícios da administração pública para manter contato com seus membros ou recrutar novos membros, o Tribunal se baseou amplamente sobre fontes da OIT (em particular o Art. 3 da Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical (nº 87), de 1948, ratificada pela Suíça, a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores (nº 135), de 1971, não ratificada pela Suíça, bem como o trabalho correspondente dos órgãos de supervisão da OIT.

Para justificar tal uso, e depois de lembrar que o quadro jurídico suíço geralmente não reconhece a natureza autoexecutável das convenções da OIT, o Tribunal Federal primeiro indicou que a possível falta de uma natureza formalmente vinculativa das convenções da OIT não o impede de fazer referência a eles voluntariamente na interpretação da constituição nacional.

O tribunal superior explicou então que as disposições da Convenção nº 87 se sobrepõem parcialmente ao conteúdo do Art. 11 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Art. 22 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, disposições que foram reconhecidas como autoexecutáveis pela jurisprudência do Tribunal Federal, embora o seu conteúdo não seja, nas palavras do tribunal superior, mais preciso do que o da Convenção da OIT em questão.

O Tribunal Federal prossegue salientando que as disposições dos tratados internacionais, como o Art. 3 da Convenção nº 87, que impõem ao Estado a obrigação de se abster, devem ser consideradas diretamente aplicáveis no direito interno, na medida em que não exigem legislação ou outra ação para produzir seus efeitos. Por último, o Tribunal sublinhou a importância da prática consolidada dos órgãos de supervisão da OIT na interpretação das convenções internacionais do trabalho. A este respeito, o Tribunal Federal

baseou-se tanto nas observações gerais dos órgãos de supervisão da OIT que especificam o significado e âmbito das disposições das convenções sobre a liberdade sindical como nas especificamente dirigidas à Suíça e enfatizando a necessidade de reconhecer o direito dos representantes sindicais ao acesso aos locais de trabalho.

A sentença em questão é, portanto, particularmente rica em termos da evolução do papel atribuído ao direito da OIT em matéria judicial. Em uma única decisão, o Tribunal Federal sublinhou que a aplicabilidade judicial de fontes internacionais é um conceito mais amplo do que o de aplicabilidade direta, na medida em que um papel interpretativo pode ser atribuído, por exemplo, a fontes internacionais não vinculantes. Ao mesmo tempo, relaxou sua abordagem para determinar o caráter diretamente aplicável das disposições das convenções da OIT, observando que mesmo os artigos redigidos em termos gerais podem ser qualificados, por exemplo, quando impõem um ônus à lei ou abster-se. Por último, considerou que o trabalho dos órgãos de supervisão da OIT é uma referência importante para se interpretar os instrumentos internacionais do trabalho. Este último ponto é apenas nosso próximo item de atenção.

3. UM FENÔMENO QUE VEM ACOMPANHADO DE UMA REFERÊNCIA MAIS FREQUENTE AOS COMENTÁRIOS DOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS DE CONTROLE

A atividade normativa da OIT não se limita à adoção de convenções e recomendações internacionais de trabalho, mas também se estende à supervisão de sua aplicação pelos Estados membros por meio de vários mecanismos de supervisão. Sem entrar em uma descrição detalhada aqui, deve-se notar que a OIT possui tanto um mecanismo de monitoramento regular baseado no exame dos relatórios submetidos periodicamente pelos governos dos Estados membros, sobre a implementação das convenções que eles ratificaram, quanto mecanismos especiais baseados na apresentação de reclamações ou queixas. Esses mecanismos, que dizem respeito

principalmente ao monitoramento das convenções internacionais do trabalho ratificadas⁴⁰, envolvem tanto órgãos tripartites quanto órgãos compostos por juristas independentes⁴¹.

Os diversos órgãos de supervisão da OIT não são tribunais e as suas decisões não são juridicamente vinculativas, ainda que os instrumentos cujo cumprimento examinam o sejam. No entanto, não deixa de ser verdade que as observações e recomendações destes órgãos constituem referências de primordial importância para clarificar o sentido e o alcance das disposições contidas nas NIT e para determinar o grau de conformidade existente entre as leis nacionais e as NIT.

A este respeito, é interessante notar que uma proporção significativa das decisões judiciais nacionais recentes que fazem uso das NIT se refere não apenas às disposições de certas convenções ou recomendações internacionais do trabalho, mas também ao trabalho correspondente dos órgãos de supervisão da OIT.

Na maioria dos casos, são os comentários gerais dos órgãos de supervisão da OIT sobre o significado e o escopo das disposições das NIT que são usados pelos tribunais nacionais para fins de interpretação. Assim, o Tribunal Industrial de Botsuana referiu-se ao Art. 3 da Convenção nº 158 e aos parágrafos correspondentes do Estudo Geral do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (CEACR) sobre a referida Convenção para acomodar na legislação nacional o conceito de despedimento implícito nas situações em que o empregador impõe ao seu trabalhador condições de trabalho que o obrigam a se demitir⁴².

⁴⁰ Ver a este respeito, a notável exceção representada pelo mecanismo especial de queixas sobre liberdade de associação que pode ser usado em relação a qualquer Estado membro da OIT, quer tenha ou não ratificado as convenções relevantes em matéria de liberdade de associação e negociação coletiva.

⁴¹ Para uma descrição desses diferentes órgãos de supervisão e uma reflexão sobre seu funcionamento e eficácia, ver o relatório conjunto do Comitê de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações e do Comitê de Liberdade Sindical (GB.326/LILS/3/1).

⁴² Ver o Tribunal do Trabalho de Botsuana (2013), no caso *Mpho C. Ganelang x Tyre World Ltd.*

Em uma decisão de 2015, citada acima, a Suprema Corte do Canadá se referiu à Convenção nº 87 e ao trabalho do Comitê de Liberdade de Associação (CLS) e do CEACR para considerar que o Art. 2 (d) da Carta dos Direitos e Liberdades Canadenses sobre a liberdade de associação incluiu a proteção do direito de greve⁴³.

Noutros casos, o trabalho dos órgãos de supervisão serve para apoiar a análise pelos tribunais da constitucionalidade de uma disposição legislativa, examinando a sua compatibilidade com uma convenção internacional ratificada. Nesse sentido, com base nas observações individuais do CEACR relativas à aplicação da Convenção nº 87, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina emitiu uma série de sentenças⁴⁴ declarando a inconstitucionalidade de vários Artigos da Lei nº 23.551 de 1988.

Esses artigos conferiam às associações sindicais com status sindical (*personería gremial*) uma série de prerrogativas exclusivas no que diz respeito à representação dos interesses coletivos dos trabalhadores que vão além do direito exclusivo de negociação coletiva, o que, de acordo com o CEACR, não está em conformidade com os Artigos 2 e 3 da Convenção nº 87 da OIT, que reconhecem o direito dos trabalhadores de escolher livremente uma organização sindical e o direito dessas organizações de poderem defender os interesses econômicos e sociais de seus membros.

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional da Colômbia, em duas decisões de 2008,⁴⁵ utilizou a Convenção nº 87 e as obras correspondentes do CEACR e do CLS para declarar a "constitucionalidade condicional" das disposições do Código do Trabalho relativas ao registro dos sindicatos. Pelos motivos expostos, o Tribunal indicou que o procedimento de registro de sindicatos

⁴³ Ver a Suprema Corte do Canadá (2015), no caso *Saskatchewan Federation of Labour x Saskatchewan*.

⁴⁴ Ver, a este respeito, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, nos casos *Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) (A.598.XLIII) (2013)*, *Adriana María Rossi x Estado Nacional – Armada Argentina (R. 1717. XLI) (2009)*, *Asociación Trabajadores del Estado (A.T.E.) x Ministerio de Trabajo (A. 201. XL) (2008)*.

⁴⁵ Ver a Corte Constitucional da Colômbia (2008), nas sentenças C-465/08 e C-695/08.

perante o Ministério do Trabalho somente deve ser utilizado para fins de publicidade, o controle da legalidade dos estatutos dos sindicatos deve, pelo contrário, caber ao Poder Judiciário.

Da mesma forma, o Tribunal Constitucional do Peru, em várias decisões recentes, baseou-se tanto na Convenção nº 98 e na Convenção nº 154 de 1981 e no trabalho correspondente do CEACR e do CLS para considerar inconstitucionais várias disposições legislativas que excluem totalmente a remuneração do âmbito da negociação coletiva no setor público⁴⁶. Embora debates recentes sobre órgãos de supervisão na OIT tenham levado o CEACR a enfatizar expressamente o caráter não vinculativo de seus comentários (OIT, 2019), é interessante notar que nenhum dos tribunais citados nesta seção justificou o seu recurso ao trabalho dos órgãos de controle por um possível reconhecimento de sua natureza vinculativa.

Pelo contrário, muitas jurisdições desejam esclarecer a natureza não vinculativa desses comentários⁴⁷, ao mesmo tempo em que enfatizam a autoridade geralmente reconhecida e a importância atribuída a eles por muitos organismos nacionais e internacionais. O acórdão do Tribunal Federal Suíço de 2017 citado acima sobre o acesso dos sindicatos aos locais de trabalho da administração pública é uma ilustração adicional interessante a este respeito, o tribunal superior justificando a sua referência aos comentários e decisões do CEACR e CLS pelo fato de que são frequentemente

⁴⁶ Ver o Tribunal Constitucional do Peru (2016), no caso *Ciudadanos, Colegio de Abogados de Tacna y Colegio de Abogados de Junin x Congreso de la Republica*.

⁴⁷ Ver, por exemplo, a Suprema Corte do Canadá, no caso *Saskatchewan Federation of Labour x Saskatchewan*, parágrafo 69: "Embora, estritamente falando, elas não tenham efeito obrigatório, as decisões do Comitê de Liberdade Sindical possuem uma força persuasiva considerável e foram citadas com aprovação e amplamente adotadas em escala mundial por cortes de justiça, tribunais administrativos e outros decisores, incluindo nossa Corte (Lynk, parágrafo 9; *Health Services*, parágrafo 76; *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 354-355, o chefe de justiça Dickson). Com o tempo, o Comitê de Liberdade Sindical viu aumentar a relevância e o caráter persuasivo de suas decisões na prática e no uso, e, dentro da OIT, foi principalmente a ele que coube a tarefa de delimitar o direito de greve".

usados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como “material não convencional” na interpretação do Art. 11 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, relativo à liberdade de associação.

Esta referência ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem lembra-nos que a crescente consideração dos comentários dos órgãos de supervisão da OIT faz parte de uma tendência mais ampla de utilização judicial do trabalho dos órgãos responsáveis pelo controle dos instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos em geral. Muito ilustrativo a este respeito é o uso por muitos tribunais da Recomendação Geral nº 19 do Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, sobre o assédio sexual.⁴⁸

Existem também diferentes acórdãos do Tribunal Constitucional da Turquia referentes conjuntamente tanto aos comentários dos órgãos de supervisão da OIT, aos do Comitê Europeu dos Direitos Sociais, bem como à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.⁴⁹

Este recurso mais frequente pelos tribunais aos comentários dos órgãos de supervisão da OIT é, em qualquer caso, de grande importância, na medida em que um bom conhecimento do trabalho desses órgãos constitui o melhor antídoto para evitar uma interpretação errada do significado e do âmbito das NIT e contribui assim, no respeito pela independência do poder judicial, para uma aplicação consistente das NIT a nível nacional e, portanto, em última instância, para mais segurança jurídica.

Estas terceira e quarta partes permitiram, portanto, sublinhar que a utilização, mais frequente das NIT, por determinados tribunais nacionais é frequentemente acompanhada por uma maior familiaridade destes órgãos judiciais com as fontes da OIT, bem como por um enfraquecimento da presunção de não aplicabilidade

⁴⁸ Ver a coleção de decisões judiciais mencionada na nota nº 5.

⁴⁹ Ver, a este respeito, a contribuição de Melda Sur, relativa à Turquia no dossiê de jurisprudência social comparada da *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Fiorentino, 2016).

judicial que muitas vezes foi atribuído a estas últimas. No entanto, os desenvolvimentos descritos não significam que a tendência observada de maior uso judicial das NIT não enfrenta uma série de limitações e desafios.

4. O USO JUDICIAL DAS NIT É UMA PRÁTICA UNIVERSAL?

Em primeiro lugar, deve-se notar que a extensão do uso judicial das NIT descritas nos parágrafos anteriores está longe de ser universal. Embora seja necessário lembrar que o uso das NIT pelos tribunais não é um fim em si mesmo, e que a necessidade objetiva dos tribunais nacionais de se referir a fontes externas para aliviar os efeitos de uma legislação pouco desenvolvida, ou de proteção insuficiente, pode variar significativamente de país para país, deve-se notar também que o uso judicial das NIT ainda não floresceu em certas áreas onde sua contribuição seria certamente significativa.

Nesse sentido, com exceção das decisões de alguns países, a Ásia parece ser a região do mundo onde o impacto judicial das NIT parece, por enquanto, o menos visível,⁵⁰ vários fatores que poderiam explicar esta situação (disponibilidade em número limitado das NIT e do trabalho dos órgãos de supervisão nas línguas nacionais, baixo número de convenções internacionais ratificadas, ausência de um sistema regional de proteção dos direitos humanos que possa servir de vetor para a penetração das normas internacionais do trabalho no direito interno etc.).

No entanto, em um contexto em que o crescimento das economias da região também se reflete no desenvolvimento da

⁵⁰ Ver, em particular, as decisões judiciais da Índia e das Filipinas disponíveis no Compêndio de Decisões do Tribunal do Centro Internacional de Formação da OIT. Deve-se notar, entretanto, que o impacto judicial das NIT às vezes pode se manifestar implicitamente. A esse respeito, notamos a decisão da Suprema Corte da República da Coreia, que concede aos trabalhadores migrantes, em situação irregular, o direito de se organizar. Mesmo que esta sentença não mencione fontes internacionais, ela surge após muitos anos de recomendações recorrentes do Comitê de Liberdade Sindical sobre este assunto no contexto do caso nº 2.620 (sentença de 18 de setembro de 2015).

legislação trabalhista e, em alguns países, em um aumento significativo do número de convenções internacionais do trabalho ratificadas,⁵¹ provavelmente seria sensato continuar e aumentar as iniciativas já tomadas pela Organização Internacional do Trabalho e seu centro de formação o para familiarizar as jurisdições dos países asiáticos, bem como os litigantes desses países com as NIT.⁵²

5. UMA PRÁTICA QUE É SEMPRE CONSISTENTE E SUSTENTÁVEL?

Para muitos juízes nacionais, as NIT continuam sendo uma fonte de direito relativamente desconhecida, o que deveria justificar o maior rigor e cautela em seu uso. No entanto, alguns exemplos parecem indicar que nem sempre é esse o caso.

A título de ilustração, notamos a decisão de um tribunal constitucional sobre a exclusão dos funcionários aduaneiros do direito de sindicalização.⁵³ Para justificar a validade desta exclusão, o tribunal fez referência a várias decisões do Comitê de Liberdade Sindical que, por um lado, reconhecia com base na Convenção nº 87, o direito dos Estados de excluir as forças militares, as forças armadas e polícias no domínio da liberdade sindical e que, por outro lado, consideram que não é contrário aos princípios da liberdade sindical não reconhecer aos funcionários aduaneiros o direito de greve.

Por outro lado, a sentença não fez referência às decisões específicas nas quais o Comitê de Liberdade Sindical enfatizou que,

⁵¹ Ver, por exemplo, as 29 convenções internacionais ratificadas pela República da Coreia entre sua adesão à OIT em 1992 e outubro de 2019, ou as 24 convenções ratificadas pelo Vietnã entre 1994 e outubro de 2019.

⁵² Embora essa segunda observação seja muito mais limitada em escopo do que a primeira, também será observado que relativamente poucas decisões judiciais que fazem uso das NIT vêm de tribunais administrativos. A este respeito, deve-se notar que um número significativo de países, em particular aqueles com tradição jurídica francesa, possuem tribunais administrativos competentes para resolver as disputas trabalhistas de seus funcionários e que muitas convenções e recomendações internacionais de trabalho se destinam para se aplicar aos setores público e privado.

⁵³ Ver o Conselho Constitucional do Senegal (2013), no caso 2/C/2013.

nos termos do Art. 2 da Convenção nº 87, os funcionários aduaneiros devem ser reconhecidos com o direito de sindicalização.

A autoridade atribuída às NIT e ao trabalho dos órgãos de supervisão da OIT pelos tribunais de certos países pode, às vezes, ser mais fraca do que o esperado e flutuar dependendo do contexto econômico, social ou político. O exame por alguns tribunais constitucionais das reformas legislativas adotadas para lidar com as consequências da crise econômica que atingiu a Europa a partir de 2008 sublinha que pode ser mais fácil para os tribunais usar as fontes da OIT para apoiar ou ampliar os desenvolvimentos jurídicos já em curso tendendo a um reconhecimento mais amplo de certos direitos, em vez de se opor à implementação de novas leis restritivas ditadas dentro do contexto de fortes restrições econômicas.⁵⁴

CONCLUSÃO

Ainda que continuem e continuarão a constituir a principal forma de implementação das NIT a adoção de medidas legislativas e regulatórias, bem como de políticas públicas, esta nota quis sublinhar que a utilização judicial destes instrumentos constitui hoje um vetor não negligenciável de aplicação do direito internacional do trabalho em um número significativo de países onde os tribunais estão cada vez mais familiarizados com essas fontes.

No entanto, a extensão e consolidação desta prática que contribui significativamente para o reforço do Estado de Direito está, como também vimos, longe de constituir um dado adquirido, o que justifica continuar e intensificar, com o maior rigor jurídico, os esforços de formação de juizes e juristas dos diversos Estados membros da Organização a respeito dessas fontes⁵⁵.

⁵⁴ Ver, a este respeito, o Tribunal Constitucional da Espanha (2014), no caso *Parlamento de Navarra x Ley 3/2012*.

⁵⁵ Ver, a este respeito, os programas de treinamento e materiais do Centro Internacional de Formação da OIT, e em particular, Beaudonnet (2009) e Teklè (2014).

Um pensamento final é necessário antes de encerrar essas observações. A atenção que deve ser dada à consideração judicial das fontes da OIT parece tanto mais importante quanto o panorama jurídico e político, dentro do qual as NIT são introduzidas mudou muito desde a criação da OIT, há cem anos.

Num contexto jurídico marcado pela crescente pluralidade de fontes do direito, o espaço judicial, nacional e internacional, constitui não só o lugar de resolução de litígios entre particulares, mas também o foro onde os pontos de fricção e possíveis contradições entre o direito do trabalho e outros ramos do direito são resolvidos e arbitrados⁵⁶.

Neste contexto, a presença das NIT no debate jurídico nacional e internacional⁵⁷ é essencial para garantir a sustentabilidade da sua influência, e através dela, do direito do trabalho em geral nas próximas décadas. Para isso, para além da formação regular de juízes e advogados nas NIT já referidas, os tribunais devem poder continuar a contar com um corpo sólido e atualizado de normas da OIT, acompanhados e informados por mecanismos de controle que continuam a ter autoridade.⁵⁸ Todos esses são elementos da iniciativa do centenário sobre as NIT que a OIT está tentando implementar.⁵⁹

⁵⁶ Pensar-se-á em particular aqui na articulação entre, por um lado, o direito da União Europeia, centrado principalmente nas liberdades económicas e, por outro lado, as várias fontes do direito do trabalho, nacional ou internacional, aplicável nos países do União Europeia. Ver, a este respeito, Supiot (2016).

⁵⁷ Sobre a consideração até agora muito limitada das fontes da OIT pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, ver Teklè (2018).

⁵⁸ A consideração judicial das NIT também se beneficiaria, sem dúvida, dos acórdãos do tribunal, que poderia ser estabelecido nos termos do Art. 37 (2) da Constituição da OIT, a fim de resolver questões de interpretação levantadas por convenções internacionais.

⁵⁹ Para obter uma descrição da iniciativa do centenário sobre as normas: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/lang--fr/index.htm>.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVITCH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- BEAUDONNET, X. **Droit international du travail et droit interne**: manuel de formation pour juges, juristes et professeurs de droit. Turin: Centre International de Formation de l'OIT, 2009.
- BEAUDONNET, X. L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes. **Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale**, p. 43-84, 2005.
- BEAUDONNET, X. Quelques observations sur l'utilisation des normes de l'Organisation internationale du Travail par les tribunaux nationaux. **Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale**, Bordeaux, 2016.
- DUNAND, J-P. Liberté syndicale et droit de l'Organisation internationale du travail (OIT): un cadeau avant l'anniversaire! Commentaire de l'arrêt du Tribunal Fédéral 2C_499/2015 du 6 septembre 2017. **Newsletter DroitDuTravail.ch**, 2018.
- EBERT, F.; OELZ, M. **Bridging the gap between labour rights and human rights**: The role of ILO law in regional human rights courts. Geneva: International Institute for Labour Studies, 2012.
- FIORENTINO, A. La Jurisprudence Sociale et le Droit International: Complémentarité ou Hostilité? **Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale**, Bordeaux, 2016.
- LEARY, V. **International Labour Conventions and National Law**: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.
- MOLINA, C. E. Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano. Bogotá: Temis, 2005.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. **Application des normes internationales du travail**: Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. Genève: BIT, 2019.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. **La négociation collective dans la fonction publique**: un chemin à suivre. Genève: BIT, 2013.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos. Ginebra: OIT, 2009.

SUPIOT, A. Les gardiens des droits sociaux en Europe. **Semaine Sociale Lamy**, n. 1746, 2016.

TEKLÈ, T. **Droit international du travail et droit interne**: Manuel de formation pour juges, juristes et professeurs de droit: Travail des enfants. Turin: Centre International de Formation de l'OIT, 2014.

TEKLÈ, T. Labour rights and the case law of the European Court of Justice: What role for international labour standards? **European Labour Law Journal**, v. 9, n. 3, p. 236-262, 2018.

THOMAS, C.; OELZ, M.; BEAUDONNET, X. The use of international labour law in domestic courts: theory recent jurisprudence and practical implications. *In*: JAVILLIER, J-C.; GERNIGON, B.; POLITAKIS, G. P. (ed.). **Les normes internationales du travail**: un patrimoine pour l'avenir: mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Genève: BIT, 2004. p. 249-285.

VALTICOS, N.; VON POTOBOSKY, G. **International Labour Law**. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995.

VAN NIEKERK, A. The International Labour Organisation (ILO) and South African Labour Law. **Contemporary Labour Law**, v. 5, n. 2, 1996.

A RATIFICAÇÃO DAS CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS E DE GOVERNANÇA DA OIT PELOS ESTADOS AFRICANOS: ALGUMAS LIÇÕES¹

THE RATIFICATION OF ILO FUNDAMENTAL AND GOVERNANCE CONVENTIONS BY AFRICAN STATES: SOME LESSONS

Augustin Emame*
Arcadius Allogho**

Referir-se ao centenário da OIT na África, olhando para a ratificação das convenções da Organização, pode parecer no mínimo uma escolha estranha para alguns. Os acontecimentos atuais da Organização e do continente podem, de fato, estimular um enfoque em outros temas.

O ano do centenário da OIT marcou o lançamento de um programa intitulado "Acelerando a ação para eliminar o trabalho infantil das cadeias de abastecimento na África" (ACCEL África). Considerada pela Organização Internacional do Trabalho como a região do mundo mais afetada pelo trabalho infantil, a África é regularmente citada no que diz respeito à aplicação da Convenção nº 182 sobre as piores formas de trabalho infantil. Trazer esse tema seria bastante relevante. Da mesma forma, poderíamos ter olhado para a ação global da OIT na África, com, por um lado, o apoio na produção de normas, e, por outro lado, o controle dessas mesmas

¹ Artigo traduzido por Ana Cristina Alves de Paula.

* Doutor pela Université de Nantes. Maitre de Conférences da Université de Nantes.

** Doutorando em Direito na *Université de Nantes*.

normas que a Organização também exerce por meio de suas diferentes instâncias. A questão da eficácia das normas da OIT e sua recepção também pode ser objeto de estudo, através de uma abordagem abrangente ou optando pela análise de uma delas. Mas essa não é a escolha que fizemos.

Em vez disso, decidimos fazer uma análise breve da ratificação das convenções da OIT. Duas razões nos guiaram nessa direção. A primeira é que todos os temas mencionados acima têm essas convenções como denominador comum. A segunda razão que decorre da primeira é que, para parafrasear a Epístola de São João, poderíamos, portanto, dizer que, nas normas da OIT, no início está a ratificação da convenção.² A importância desta operação reside no fato de que é ela que traz automaticamente uma convenção da OIT para a ordem jurídica do Estado.³

Considerar a questão da ratificação das convenções da OIT em uma base continental pode ser arriscado. Em um continente marcado por uma certa diversidade, pode ser criticado por homogeneizar fatos que não precisam ser. Os estudos geralmente aplicam algumas convenções em particular e são limitados a países individuais.⁴ No entanto, a própria OIT costuma favorecer uma abordagem regional que está longe de ser desinteressante.

No nosso entendimento, focar na ratificação das convenções da OIT por Estados africanos não é apenas listar instrumentos jurídicos: isso não seria de grande interesse, mas também não seria de grande relevância. É mais sobre ver (e se possível) analisar as lógicas em funcionamento nessas ratificações e quais necessidades elas atendem. Várias questões podem ser consideradas neste sentido.

² De forma alguma, desconhecemos a adoção prevista no Art. 19 da Constituição da OIT, que ocorre antes da ratificação. No entanto, sua limitação é que não produz efeitos jurídicos até que a ratificação tenha ocorrido.

³ "Los convenios adquieren carácter obligatorio para todos los Estados Miembros que los han ratificado, aunque el efecto que la ratificación surte en cada Estado depende de lo previsto en la constitución política respectiva" (Wisskirchen, 2005, p. 282).

⁴ Ver especialmente, Auvergnon, Laviolette e Oumarou (2011); Doumbia e Meurs (2003).

Por que estamos ratificando, por exemplo? Isso pode ser vinculado, como veremos, a um contexto histórico particular. Este foi particularmente o caso da adesão à Independência. Novos Estados soberanos que aplicam a teoria da sucessão de Estados assumiram as convenções previamente ratificadas pelo antigo colonizador. Esta é uma situação que é particularmente evidente nos países de língua francesa. Mas o movimento de ratificação também pode responder a incentivos da OIT, como veremos com uma série de convenções consideradas particularmente importantes pela própria Organização.

Além do prazo das ratificações, uma segunda questão substantiva também pode aparecer: o que estamos ratificando? Existe homogeneidade quando se trata de Estados africanos? No guia de informação sobre ratificações, a OIT lembra que:

Nenhum Estado membro [...] é forçado a ratificar uma convenção internacional do trabalho, mas todos os Estados membros são constitucionalmente obrigados a examinar a possibilidade de ratificar todas as convenções atualizadas. Devem fazê-lo regularmente e com base em consultas com os parceiros sociais (OIT, 2019, p. 2).

Na verdade, os Estados africanos não ratificam todas as convenções. De um país para outro, as situações às vezes são contrastadas. Isto permite questionar uma ideia recebida que ouvimos regularmente, a saber, que estes Estados estão entre os que mais ratificam as convenções. Para estar convencido disso, basta notar que Djibouti, que ocupa o primeiro lugar no ranking de ratificações na África, com 68 convenções, ratificou quase a metade do que a Espanha, que é o líder mundial neste campo (133).⁵ Uma distinção deve ser feita aqui entre as convenções fundamentais, as convenções de governança, de um lado, e as convenções técnicas, do outro. As duas primeiras citadas ocupam um lugar especial no sistema de padronização da OIT. No entanto, essas distinções devem ser qualificadas em nossa abordagem, onde não podem ter valor

⁵ Djibouti ocupa apenas a 37ª posição no ranking mundial.

decisivo sob o risco de cair em um certo anacronismo. De fato, foi na 81ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em junho de 1994, que surgiu a ideia de fortalecer a promoção dos direitos sociais fundamentais. Em seguida, e na Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social em Copenhague, em março de 1995, a OIT definiu como fundamentais as convenções que tratam de questões consideradas como princípios e direitos fundamentais no trabalho.⁶

Primeiro, mostraremos que o processo de ratificação de convenções é heterogêneo em todo o continente. Podemos notar às vezes, algumas tendências comuns ligadas às proximidades históricas, mas no geral não é o caso. Posteriormente, teremos que considerar as próprias convenções. Quais são ratificadas e por quê?

1. A RATIFICAÇÃO DAS CONVENÇÕES DA OIT, UM PANORAMA CONTRASTANTE

Tabela 1 – Total de ratificações da África

Estados	Convenções Fundamentais (8)	Convenções de Governança (4)	Convenções Técnicas (178)	Total
África do Sul	8	2	17	27
Argélia	8	3	49	60
Angola	8	2	25	35
Benin	8	2	22	32
Botsuana	8	1	6	15
Burkina Faso	8	4	32	44
Burundi	8	2	21	31
Cabo Verde	8	2	6	16

⁶ Originalmente havia sete, uma oitava foi adicionada em 1999, seguida pelo Protocolo de 2014, relativo à Convenção sobre o Trabalho Forçado de 1930, e finalmente as convenções C155 e C187, em 2022.

Camarões	8	3	39	50
Comores	8	3	22	33
Congo	8	2	18	28
Costa do Marfim	8	3	30	41
Djibouti	8	3	57	68
Egito	8	3	53	64
Eritreia	8	0	0	8
Suazilândia	8	2	23	33
Etiópia	8	1	14	23
Gabão	8	3	30	41
Gâmbia	8	0	0	8
Gana	8	2	41	51
Guiné	8	3	51	62
Guiné Bissau	7	1	24	32
Guiné Equatorial	8	0	6	14
Quênia	7	3	40	50
Lesoto	8	2	13	23
Libéria	6	2	17	25
Líbia	8	2	19	29
Madagascar	8	4	35	47
Malauí	8	3	21	32
Mali	8	3	23	34
Marrocos	7	4	54	65
Ilhas Maurício	8	2	41	51
Mauritânia	8	3	34	45
Moçambique	8	3	8	19
Namíbia	8	3	6	17
Níger	8	3	30	41
Nigéria	8	2	30	40

Uganda	8	3	20	31
RCA	8	3	35	46
R.D. Congo	8	2	27	37
Tanzânia	8	1	28	37
Ruanda	8	3	24	35
São Tomé e P.	8	2	12	22
Senegal	8	3	31	42
Seychelles	8	2	27	37
Serra Leoa	8	2	25	35
Somália	6	1	19	26
Sudão	8	3	7	18
Sudão do Sul	7	0	0	7
Chade	8	3	17	28
Togo	8	4	16	28
Tunísia	8	3	52	63
Zâmbia	8	4	36	48
Zimbábue	8	3	15	26

Da Tabela 1, a primeira lição que se pode tirar é a do número de convenções ratificadas por cada país. Como já apontamos, Djibouti ocupa o primeiro lugar neste ranking. Egito, Marrocos, Tunísia, Guiné e Argélia completam-no com mais de 60 convenções ratificadas por cada um desses países. Para além do baixo número de ratificações por parte dos Estados africanos, que não pode deixar de surpreender nesta classificação, está o paradoxo africano. Djibouti é membro da OIT desde 3 de abril de 1978, menos de um ano após sua independência. No entanto, esta classificação lisonjeira se deve principalmente ao fato de que, em 4 de agosto de 1978, ratificou 62 convenções. Por 43 anos, Djibouti repetiu esta operação apenas seis vezes.

Quando levamos em consideração os países que mais ratificaram as convenções, vemos que são os fundadores da OIT:

Espanha (133), França (128), Bélgica (113), Itália (113) e Uruguai (111). Entre esses Estados, no entanto, estava a Libéria, que até agora ratificou apenas 25 convenções a uma taxa que não pode deixar de surpreender. Somente em 1931, este país ratificou sua primeira convenção.⁷ Tivemos que esperar até 1959 para ver este país ratificar duas convenções,⁸ antes de um ligeiro tremor entre 1960 e 1962, com 11 convenções ratificadas.

A Etiópia, que aderiu à OIT em 1923, está no mesmo nível com 23 convenções ratificadas até o momento. Ratificou sua primeira convenção em 1947, 24 anos após sua adesão.⁹ Em seguida, levou 16 anos para ratificar quatro outras convenções.¹⁰

À parte a Libéria e a Etiópia, que são verdadeiros enigmas, e em menor medida o Sudão (membro da OIT desde 1956 e que tem 18 ratificações), parece lógico encontrar países com membros um pouco mais antigos: Egito (1936) com 64 ratificações, Marrocos (1956) com 65 ratificações, Tunísia (1956) com 63 ratificações, Guiné (1959) com 62 ratificações e Argélia (1962) com 60 ratificações. Nesta forte lista de três países do Magrebe, desde o Egito que é um país árabe como os outros três, a Guiné é uma espécie de exceção. Gana (51 convenções), que aderiu à OIT em 1957, também poderia tê-lo reivindicado, mas se encontra um degrau abaixo no grupo de países que ratificaram entre 50 e 60 convenções: Maurício (51), Camarões (50) e Quênia (50).

As antigas colônias francesas que conquistaram sua independência em 1960, geralmente ratificaram entre 40 e 50 convenções. É o caso de Burkina Faso (44), Costa do Marfim (41), Gabão (41), Madagascar (47), Mauritânia (45), Níger, República Centro-Africana (46) e Senegal (42). As antigas colônias francesas

⁷ C29 sobre Trabalho Forçado, 1930.

⁸ C111 sobre Discriminação (Emprego e Ocupação), 1958; C110 sobre Plantações, 1958 (denunciada em 1971).

⁹ C80 revisando os artigos finais, 1946.

¹⁰ C11 sobre o Direito de Associação (Agricultura), 1921; C87 sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito Sindical, 1948; C88 sobre Serviços de Emprego, 1948; C98 sobre o Direito de Organização e Negociação Coletiva, 1949.

também têm em comum o fato de terem registrado o maior número de suas ratificações após a independência. Em média, esses Estados ratificaram mais da metade das ratificações nos três anos que se seguiram à independência.

Dois países anglófonos têm números semelhantes: são a Nigéria (40), que nos surpreende encontrar nesta situação dada a sua liderança na África, e a Zâmbia (48). A mesma surpresa se aplica à ausência dos dois países francófonos, Congo e Chade, que até agora ratificaram apenas 28 convenções cada. As antigas colônias belgas, que são Burundi, República Democrática do Congo e Ruanda, parecem ter uma certa homogeneidade com cerca de 30 convenções ratificadas cada uma. No entanto, parece-nos que foi mais fruto do acaso do que de uma abordagem verdadeiramente desejada.

Uma vez que os países de língua portuguesa só obtiveram a sua independência em meados da década de 1970, esta pode ser a explicação para o número limitado de convenções que ratificaram. Neste grupo de cinco países,¹¹ a Angola, com 35 convenções, é o que mais ratificou, seguindo-se a Guiné-Bissau com 32 convenções. Por outro lado, Cabo Verde, com apenas 16 convenções ratificadas, está entre os países com fraco desempenho. A Guiné Equatorial, único país de língua espanhola do continente, apresenta números semelhantes (14). Independente desde 1968, é membro da OIT desde 1981 e não ratificou as suas primeiras convenções até 1985 (6). Demorou onze anos para ratificar mais dois.

Excluindo os casos especiais de Estados recém-criados como a Eritreia (8) ou o Sudão do Sul (7), a Gâmbia encontra-se numa situação que pode parecer curiosa com um total de apenas 8 ratificações. A explicação pode ser que este país, apesar de ter conquistado a independência em 1965, só aderiu à OIT em 1995. Botsuana fornece outra ilustração que questiona a lógica por trás da adesão à OIT. Independente desde 1966, ingressou na Organização em 1978. No entanto, esperou até 1997 para começar a ratificar as convenções. A Líbia também é uma curiosidade de outro tipo, com

¹¹ Angola, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, São Tomé.

28 ratificações de seu nome. O que é surpreendente sobre esse total é que, embora tenha ratificado 26 convenções em 1975, ela assinou apenas duas vezes desde então (incluindo a C182, que é de 1999).

Outra situação não pode deixar de ser preocupante, que é a África do Sul. Tal como a Nigéria, é um país que, pela sua história recente e pelo seu peso econômico, exerce uma liderança indiscutível no continente. Apesar disso, a África do Sul ratificou apenas 27 convenções, e 11 delas já haviam sido ratificadas antes de o país retornar à OIT em 1994,¹² após uma exclusão de 28 anos.¹³ Durante esses 47 anos, ela ratificou apenas 11 convenções. Além do número de convenções ratificadas, outro ponto que nos interessa diz respeito às próprias convenções. Vamos abordá-los de acordo com a classificação dada pela OIT hoje.

2. A RATIFICAÇÃO DE CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS, UMA UNIDADE REAL

Embora não sejam os mais bem classificados em termos do número total de ratificações, este não é o caso quando se levam em consideração apenas as convenções fundamentais. Como já apontamos acima, essa categoria apareceu há cerca de meio século. No site da OIT, pode-se ler o seguinte: "O Conselho de Administração da OIT classificou como "fundamentais" oito convenções que tratam de questões consideradas como princípios e direitos fundamentais no trabalho: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação no emprego e na ocupação". Nós encontramos as convenções C29, C87, C98, C100, C105, C111, C138 e C182. Desde então, o objetivo do Conselho de Administração da OIT é alcançar a ratificação

¹² A África do Sul é membro da OIT, desde 1919.

¹³ Uma declaração sobre a política de "apartheid" da República da África do Sul foi adotada, em 8 de julho de 1964 pela OIT.

universal. Os países africanos estão no caminho certo nessa direção, pois cinco dessas convenções já foram ratificadas por todos os Estados do continente. Na lista dos países que não ratificaram todas as convenções fundamentais, é surpreendente encontrar Marrocos, que, no entanto, é um dos Estados que mais ratificou as convenções em África. As razões para esta não ratificação, quer seja pelo Marrocos ou outros países, podem ter a ver com a própria natureza da convenção. É isso que nos levará a considerar aqui a ratificação dessas convenções fundamentais em termos individuais. Acima de tudo, será uma questão de saber se os próprios Estados africanos ratificaram muitas dessas convenções antes mesmo de se tornarem fundamentais, ou se temos de esperar que a OIT os encoraje, fortemente a fazê-lo.

Tabela 2 – Ratificação das Convenções Fundamentais

Convenções Fundamentais	Antes de 1960	1960-1969	1970-1979	1980-1989	1990-1999	2000-2009	2010-2019	2020-
C 2914 (1930), ratificada por todos	6	27	5		4	8	1	
C 8715 (1948), exceto Guiné Bissau, Quênia, Marrocos, Sudão do Sul	4	20	4	1	9	10	1	Sudão (2022)
C 9816 (1949), ratificada por todos	6	22	7	2	12	4	2	

¹⁴ Convenção nº 29, sobre o Trabalho Forçado.

¹⁵ Convenção nº 87, sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical.

¹⁶ Convenção nº 98, sobre o Direito de Organização e de Negociação Coletiva.

C 10017 (1951), exceto Libéria, Somália, Togo		19	11	6	6	8	2
C 10518 (1957), ratificada por todos	3	25	8		9	7	1
C11119 (1958), ratificada por todos	2	21	6	5	7	12	1
C13820 (1973), exceto Libéria e Somália			4	4	10	28	5
C18221 (1999), ratificada por todos					2	49	4

A C182 não receberá tratamento especial devido à sua natureza recente e ao esforço que foi feito para torná-la universal. Quatro anos após sua adoção, havia apenas quatro países africanos que não a haviam ratificado. Desde então, eles se inscreveram²².

Cronologicamente, a C29 sobre Trabalho Forçado é a que primeiro chamará nossa atenção. Pode-se integrar em uma análise comum a C105 sobre a abolição do trabalho forçado com o qual tem um objeto quase comum. A primeira proíbe "todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade".²³ A segunda proíbe o trabalho forçado ou obrigatório "como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou expressem certas opiniões políticas, ou manifestem

¹⁷ Convenção nº 100, sobre a Igualdade de Remuneração.

¹⁸ Convenção nº 105, sobre a Abolição do Trabalho Forçado.

¹⁹ Convenção nº 111, sobre a Discriminação (Emprego e Profissão).

²⁰ Convenção nº 138, sobre a Idade Mínima.

²¹ Convenção nº 182, sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil.

²² São Tomé em 2005, Guiné-Bissau em 2008, Somália em 2014, Eritreia em 2019.

²³ Artigo 2 (1) da C29.

sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; como medida de disciplina de trabalho; como punição por participação em greves; como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa".²⁴

As observações que podem ser feitas sobre estas convenções, que foram ratificadas por todos os Estados africanos, referem-se, sobretudo, ao momento da sua ratificação. Em vista das críticas em torno do trabalho forçado durante o período colonial, seria de se esperar que os países africanos, ao conquistar a independência, ratificassem essas duas convenções. Este foi o caso em geral e, portanto, não se pode dizer que foi a ação da OIT a partir da Declaração de 1998 sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que foi decisiva. Existem, no entanto, algumas exceções notáveis, como a Etiópia, que é um membro de longa data da Organização e que apenas ratificou a C29 em 2003, depois de ter feito isso para a C105 em 1999. O Malawi ratificou a C29. Dois em 1999, Gâmbia em 2000 e a Guiné Equatorial em 2001. Alguns países como Ruanda ratificaram uma há muito tempo (C105 em 1962) e não a outra. Em 2001, ela preencheu essa lacuna. Por seu lado, Moçambique ratificou a C105 em 1997 e a C29 em 2003. Apenas no que se refere a C105, a Mauritânia e o Burkina Faso ratificaram-na em 1997; Zimbábue em 1998; Congo, Malawi e Congo em 1999; Namíbia em 2000; Lesoto e República Democrática do Congo em 2001; São Tomé em 2005 e Madagascar em 2007.

Adotada em 1948, a Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical (nº 87) está entre as convenções fundamentais, aquela com o menor número de ratificações²⁵: essa relutância relativa pode ser explicada por sua finalidade. Em muitos países africanos, a liberdade de associação é uma conquista recente após muitos anos de governo de um partido que resultou no monopólio sindical de uma organização (Fall, 2006). Mais do que

²⁴ Artigo 1 da C105.

²⁵ Isso também se aplica ao nível da OIT. África, Guiné Bissau, Quênia, Marrocos e Sudão do Sul ainda não a ratificaram.

para as Convenções nº 29 e 105, podemos constatar a influência da OIT, após 1998, nas seguintes ratificações: Angola (2001), Cabo Verde (1999), Eritreia (2000); Suazilândia (1978), Etiópia (1963), Gâmbia (2000), Gana (1965), Guiné Equatorial (2001), Líbia (2000), Malawi (1999), Maurício (2005), Uganda (2005); RDC (2001), Tanzânia (2000), Somália (2014), Sudão (2021), Zimbábue (2003). Em vista dessa lista, às vezes é difícil entender a lógica em funcionamento em certos Estados. Muitos países não ratificaram a C87, entretanto, e por muito tempo, aderiram à C98, por exemplo. Podemos citar o Marrocos, que é um excelente exemplo nesse sentido com a ratificação da C98 em 1957, quando ainda não o fez para a C87. No entanto, quando tomamos essas duas convenções, não é difícil ver sua complementaridade: a Convenção sobre o Direito de Organização e de Negociação Coletiva (nº 98) é difícil de aplicar na ausência da liberdade sindical prevista na C87.

Tal como a C87, a C100 sobre Igualdade de Remuneração não foi ratificada por todos os países africanos. A Libéria, a Somália e o Togo não o fizeram até agora por razões desconhecidas. No caso do Togo, a Constituição (Art. 37) e o Código do Trabalho (Artigos 118 e 122) garantem, no entanto, esta igualdade. Desde 1998, seguindo o incentivo da Diretoria da OIT, onze países ratificaram esta Convenção²⁶. Podemos nos surpreender, no entanto, que a África do Sul pós-apartheid esperou até o ano 2000 para fazê-lo, ao passo que se engajou nessa operação para outras convenções em 1996. Essa lacuna parece tanto mais incompreensível que na Constituição da África do Sul garanta igualdade entre homens e mulheres.

Entre as convenções fundamentais, a C111 relativa à discriminação (emprego e ocupação) também foi ratificada por todos os Estados africanos. Quanto às outras convenções, a questão que se pode colocar é a do papel que os incentivos da OIT puderam

²⁶ Burkina Faso (1999); Congo (1999); Egito (1960); Eritreia (2000); Etiópia 1999; Gâmbia (2000); Quênia (2001); Lesoto (1998); Líbia (1962); Mali (1968); Ilhas Maurício (2002); Mauritânia (2001); Namíbia (2010); Uganda (2005); RCA (1964); Tanzânia (2002); Ruanda (1980); Seychelles (1999).

desempenhar. Após 1998, para alcançar o resultado que conhecemos hoje, quatorze países ratificaram a Convenção nº 111²⁷.

Com a Convenção nº 138 sobre a Idade Mínima, temos a confirmação de que, à medida que nos afastamos da independência, os países africanos ratificam menos convenções. Esta é também a Convenção pela qual a ação de incentivo da OIT pode ser reconhecida. 38 ratificações foram registradas após 1998: África do Sul (2000); Angola (2001); Benin (2001); Burkina (1999), Burundi (2000); Cabo Verde (2011); Camarões (2001); Comores (2004); Congo (1999); Costa do Marfim (2003); Djibouti (2005); Egito (1999); Eritreia (2000); Suazilândia (2000); Etiópia (1999); Gabão (2010); Gâmbia (2000); Gana (2011); Guiné (2003); Guiné-Bissau (2009); Lesoto (2001); Líbia (1975); Madagascar (2000); Malawi (1999); Mali (2002); Marrocos (2000); Mauritânia (2001); Moçambique (2003); Namíbia (2000); Nigéria (2002); Uganda (2003); República Centro-Africana (2000); República Democrática do Congo (2001); Ruanda (1981); São Tomé (2005); Senegal (1999); Seychelles (2000); Serra Leoa (2011); Sudão (2003); Chade (2005); Zimbábue (2000). No entanto, a Libéria e a Somália ainda não o ratificaram.

Diante dos dados apresentados, há motivos para otimismo quanto ao fato de a ratificação das Convenções nº 87, 100 e 138, ocorrer em um futuro próximo. O mesmo se aplica às convenções de governança, cuja ratificação a OIT igualmente recomenda?

3. AS CONVENÇÕES DE GOVERNANÇA: A NECESSIDADE DE ESFORÇOS REAIS

É na Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa (OIT, 2009) que encontramos a designação de quatro convenções relacionadas ao tripartismo, política de emprego e inspeção do trabalho

²⁷ Comores (2004); Congo (1999); Djibouti (2005); Eritreia (2000); Gâmbia (2000); Guiné Equatorial (2001); Quênia (2001); Ilhas Maurício (2002); Nigéria (2002); Uganda (2005); RD Congo (2001); Tanzânia (2002); Seychelles (1999); Zimbábue (1999).

como "as mais significativas no que diz respeito à governança" (as convenções relativas à governança)". Isto é:

- a Convenção nº 81, sobre a Inspeção do Trabalho, 1947;
- a Convenção nº 122, sobre Política do Emprego, 1964;
- a Convenção nº 129, sobre a Inspeção do Trabalho (Agricultura), 1969;
- a Convenção nº 144, sobre a Consulta Tripartite às Normas Internacionais do Trabalho, 1976.

Tabela 3 – Ratificação de acordos de governança

Convenções de Governança	Antes 1960	1960-1969	1970-1979	1980-1989	1990-1999	2000-2009	2010-2019	2020-	Total
C081 (1947)	5	15	13	4	2	4	4		
C122 (1964)		6	7		1	3	6		
C129 (1969)			5	1	1	1	2		
C144 (1976)			1	9	15	10	9	4	

Como as convenções fundamentais, a OIT está comprometida desde 2009, com a promoção da ratificação das convenções de governança. No entanto, temos que admitir que, no que diz respeito ao continente africano, ainda estamos longe do alvo. Para entender a escala da tarefa em questão, deve-se observar que apenas cinco países ratificaram as quatro convenções de governança. Estes são Burkina Faso, Madagascar, Marrocos, Togo e Zâmbia. Em cada um desses países, esse resultado foi alcançado após a Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa. O Togo chegou a ratificar três convenções de governança em 2012, enquanto a Zâmbia ratificou duas em 2013.

Um degrau abaixo, há 23 Estados que ratificaram três convenções de governança em quatro. Nesta lista, vemos que muitas vezes é a C129 que está faltando. Essa deficiência talvez se deva à especificidade do referido padrão. Todos os países africanos, longe disso, não têm legislação agrícola, muito menos uma inspeção do trabalho nesta área. Portanto, não ficaremos surpresos de ver esses Estados não ratificarem a C129. Entre esses países podemos citar: Argélia, Camarões, Comores, Djibouti, Gabão, Guiné, Mali, Mauritânia, Moçambique, Namíbia, Níger, Uganda, República Centro-Africana, Ruanda, Senegal, Sudão, Chade, Tunísia. Outros países que ratificaram a C129 também pertencem a este conjunto. É o caso da Costa do Marfim, Egito, Quênia, Malawi e Zimbábue que, por outro lado, não ratificaram a C122.

Num terceiro grupo de países, duas em cada quatro convenções foram ratificadas. África do Sul, Angola, Benin, Burundi, Congo, Suazilândia, Gana, Lesoto, Libéria, Ilhas Maurício, Nigéria, República Democrática do Congo, São Tomé, Seychelles e Serra Leoa o fizeram para a C81 e C144. Por sua vez, a Líbia ratificou o C81 e o C122. Finalmente, quatro países ainda não ratificaram nenhuma das quatro convenções de governança.

CONCLUSÃO

Tentamos aqui fornecer dados brutos que permitam um trabalho mais aprofundado a partir daí. Para isso, será então necessário considerar a situação país a país e também com base nas recomendações da OIT. Com a exigência de normatividade cada vez mais forte, talvez avancemos para mais ratificações. Mas, além disso, o que importa antes de tudo é ver como os ordenamentos jurídicos internos recebem essas normas e qual é sua oponibilidade perante o juiz.

REFERÊNCIAS

- AUVERGNON, P.; LAVIOLETTE, S.; OUMAROU, M. Des fonctions et limites des administrations du travail en Afrique subsaharienne: actualité de la Convention n° 150 de l'OIT. **Revue Internationale du Travail**, v. 150, n. 1-2, p. 89-107, 2011.
- DOUMBIA, S.; MEURS, D. Quelle égalité professionnelle entre les hommes et les femmes dans le secteur moderne en Afrique? L'exemple du Mali. **Revue Internationale du Travail**, v. 142, n. 3, p. 321-344, 2003.
- FALL, B. Le mouvement syndical en Afrique occidentale francophone: de la tutelle des centrales métropolitaines à celle des partis nationaux uniques, ou la difficile quête d'une personnalité (1900-1968). **Matériaux pour l'Histoire de Notre Temps**, v. 84, n. 4, p. 49-58, 2006.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL. **Campagne de Ratification du Centenaire de l'OIT**: guide d'information sur les ratifications. Genève: BIT, 2019.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa. Lisboa: OIT, 2009.
- WISSKIRCHEN, A. El sistema normativo de la OIT: cuestiones jurídicas y experiencias. **Revista Internacional del Trabajo**, v. 124, n. 3, p. 277-316, 2005.

A INFLUÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA

THE INFLUENCE OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION IN THE IMPLEMENTATION OF THE BRAZILIAN MIGRATION POLICY

Otavio Pinto e Silva*

Daniela Wernecke Padovani**

INTRODUÇÃO

A Organização Internacional do Trabalho, cuja existência completou seu primeiro centenário em 2019, é a instituição por excelência incumbida de promover a proteção dos direitos de todos os trabalhadores ao redor do mundo. Criada na convicção de promover a justiça social e a paz universal, a Organização Internacional do Trabalho assenta sua missão institucional em alguns princípios fundamentais, entre os quais se destacam os da liberdade, da igualdade de tratamento e da não discriminação. É o que se extrai logo no preâmbulo de sua Constituição, bem como nas declarações posteriores aprovadas pela Organização que vieram não somente

* Livre-Docente, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

** Doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

reiterar e corroborar os princípios e objetivos inicialmente anunciados, mas, também, ampliar seu escopo em vista das exigências do mundo globalizado, inaugurando, nesse ínterim, o conceito de trabalho decente e a construção de uma agenda para a sua observância em todo o mundo.

Assim, a Declaração de Filadélfia, aprovada pela OIT em 1944, (e que passou a fazer parte integrante de sua Constituição), determina que o direito ao bem-estar material e ao desenvolvimento de todo ser humano deve ser exercido com vistas ao respeito à liberdade, à dignidade, à tranquilidade econômica e à igualdade de possibilidades e traz o entendimento de que o trabalho, sendo um direito, não deve ser tratado como uma mercadoria.

Seguindo as diretrizes principiológicas da OIT, a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, determina a construção de relações laborais que visem a paz e a justiça social, com liberdade e igualdade de oportunidades, de forma a possibilitar aos trabalhadores a justa participação na vida social.

Já a Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa de 2008 enfatiza a necessária busca pelo trabalho decente para que todos, sem distinção, tenham as mesmas oportunidades de trabalho em condições que assegurem a dignidade da pessoa humana.

Com base nessas premissas construídas ao longo de sua história, e a fim de cumprir sua função institucional, a Organização Internacional do Trabalho segue aprovando suas convenções e recomendações que versam sobre as variadas facetas relacionadas à realidade laboral dos trabalhadores.

Destacam-se no presente artigo a Convenção nº 97, de 1º de julho de 1949, sobre Trabalhadores Migrantes e a Convenção nº 143, de 24 de junho de 1975, sobre Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, as quais subsidiarão a análise sobre a repercussão de seu conteúdo e sobre o papel exercido pela OIT na elaboração e implementação da política migratória brasileira.

1. CONVENÇÕES Nº 97 E Nº 143

A Convenção nº 97 traz disposições que reconhecem diversos direitos ao trabalhador migrante, dentre os quais a determinação de que não poderá haver tratamento discriminatório ao imigrante no que tange à nacionalidade, raça, religião ou sexo, bem como deverá haver tratamento igualitário em relação aos nacionais para direitos trabalhistas como remuneração, duração de trabalho, horas extraordinárias, férias remuneradas, restrições do trabalho a domicílio, idade para admissão no emprego, aprendizagem e formação profissional, trabalho das mulheres e dos menores, filiação à organizações sindicais e habitação.

Importante mencionar, no entanto, que a proteção de todos os direitos previstos na Convenção nº 97 contempla apenas os imigrantes que se encontrem legalmente no território do país receptor, sendo certo que tal categorização – migrante regular, a teor do que dispõe o Art. 11 da Convenção, foi deixada a cargo da subjetividade e da discricionariedade de cada Estado membro da OIT.

Desse modo, a Convenção nº 97 exclui expressamente da proteção dos direitos nela previstos o grupo de imigrantes indocumentados, o que denota uma postura institucional da OIT de não reconhecimento da isonomia no âmbito de sua Convenção sobre o trabalhador migrante indocumentado, evidenciando uma contradição com seus próprios objetivos e princípios constitucionais.

Nesse cenário, a OIT, na medida em que aprova normas convencionais que não reconhecem a igualdade de tratamento e direitos a todos os migrantes, sem distinção por sua condição regular ou irregular, acaba por propiciar em alguns casos a legitimação da implementação de políticas migratórias nacionais que venham a discriminar esses imigrantes.

Vale dizer, a Organização Internacional do Trabalho ao veicular norma que condiciona o reconhecimento de direitos para uma parcela de trabalhadores ao livre exercício do poder discricionário dos Estados, em nome da soberania estatal, admite a situação de

não contemplação de imigrantes indocumentados como sujeitos de direitos e mercedores da proteção pelo Estado receptor.

Fato é que o crescente processo de globalização que se verificou nos anos seguintes à Convenção nº 97, trazendo consigo de modo intrínseco a mobilidade humana internacional, acabou por produzir em grande escala uma massa de trabalhadores migrantes em condição indocumentada que, não raro, via-se submetida a condições laborais exploratórias e exposta ao desamparo por políticas migratórias nacionais de cunho restritivo.

Preocupada com esse cenário e no intuito de assumir um discurso de defesa de todos os trabalhadores migrantes, sejam estes documentados ou indocumentados, e a partir da prevalência dos direitos humanos e sua prioritária promoção no panorama internacional, a OIT, atenta aos seus próprios princípios constitucionais, aprova a Convenção nº 143, em 24 de junho de 1975, a qual representa substancial avanço quando comparada com os preceitos da Convenção nº 97, na medida em que reconhece os trabalhadores migrantes em situação indocumentada como sujeitos de direitos fundamentais e oferece a eles proteção mínima quanto a sua promoção.

Embora a Convenção nº 143 tenha o mérito de reconhecer um patamar mínimo de proteção de direitos ao trabalhador migrante indocumentado, ampliando a proteção jurídica em relação a direitos atrelados à remuneração, à seguridade social e à outras vantagens, apresenta, entretanto, dispositivos que regulam a igualdade de oportunidades e de tratamento atinentes apenas aos trabalhadores migrantes documentados em relação aos nacionais do Estado receptor, trazendo, com isso, diferenciação no âmbito de proteção dos migrantes, no inequívoco intuito de não contemplar nessa proteção a parcela de indocumentados.

Questiona-se se as referidas convenções cumprem de fato e de direito a função institucional a que se propôs a Organização Internacional do Trabalho de promover o bem-estar e a proteção dos direitos de todos os trabalhadores sem discriminação e em condições de igualdade e de liberdade.

Esse questionamento se fundamenta na percepção de que o alcance da proteção trazida por tais convenções ficou deliberadamente restrito a somente uma parcela de trabalhadores migrantes (qual seja, aquela que se encontra regular no território do Estado receptor), não abrangendo, portanto, conforme dito, os trabalhadores imigrantes indocumentados, isto é, aqueles que estão em situação de irregularidade em razão de não possuírem a documentação necessária para entrar ou permanecer no território estrangeiro ou, embora tenham apresentado a documentação exigida, acabam por exceder o tempo de permanência permitido pela legislação do país receptor.

Assim, a Organização Internacional do Trabalho externa sua preocupação quanto à necessidade de se ofertar condições dignas de trabalho aos trabalhadores migrantes, assegurando a estes o acesso a diversos direitos trabalhistas em condições de igualdade de tratamento em relação aos trabalhadores nacionais, garantindo-lhes a observância do princípio da não discriminação.

Apesar dos inegáveis avanços trazidos pela Convenção nº 143 em relação à Convenção nº 97, referidas normas internacionais mostram-se, contudo, aquém dos objetivos e princípios constitucionais da OIT. Para além da insuficiência normativa, manifestada no restrito alcance das convenções em questão, verifica-se, também, uma contradição na posição adotada pela OIT entre o que fora prometido institucionalmente (no seu instrumento constitutivo e demais declarações subsequentes) e o que de fato a Organização entrega para a sociedade por meio de suas normas convencionais.

No intuito de desempenhar sua função precípua de construir modelos de práticas protetivas uniformizadoras, apoiados em seus valores e princípios constitucionais, a Organização Internacional do Trabalho apresenta a defesa do trabalho decente que consiste na possibilidade de assegurar a todos a obtenção de um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de igualdade, segurança e dignidade.

Assim, a agenda do trabalho, que significa a conciliação da declaração dos princípios fundamentais com a efetiva implementação

das normas de direitos humanos, deve contar com a produção normativa da OIT que, ao se tornar fonte material do direito, acaba por influenciar e catalisar a construção da interpretação e da aplicação do direito no âmbito interno dos Estados.

Nesse sentido, a contradição reside em permitir a exclusão de um grupo de trabalhadores migrantes do espectro de proteção de direitos, em especial do direito ao trabalho, sob o argumento de sua condição irregular.

O fundamento subjacente a essa exclusão remonta a questões relacionadas ao poder discricionário soberano dos Estados, expresso em suas respectivas políticas públicas migratórias, em decidir quem tem permissão para entrar, permanecer e trabalhar no seu território.

Deixar, no entanto, a cargo dos Estados a escolha em acolher ou não o imigrante indocumentado, podendo, portanto, negar-lhe o direito ao trabalho, em desatendimento aos princípios da liberdade, da igualdade de tratamento e da não discriminação, é consentir com a sobreposição de especificidades nacionais em detrimento do reconhecimento da prevalência de direitos humanos básicos que carregam a característica da universalidade e da indivisibilidade.

Vale dizer, o caráter universal do direito ao trabalho, tal como já consolidado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem respaldo nos princípios da liberdade, igualdade e não discriminação, os quais trazem consigo a força de normas de *jus cogens* e *erga omnes*, que requerem observância por toda a comunidade internacional. Nesse sentido, o exercício da soberania, por meio do poder discricionário dos Estados deve ser limitado pelas normas imperativas do Direito Internacional dos Direitos Humanos (Trindade, 2008, p. 52).

Assim está expressa a universalidade do direito ao trabalho nos principais instrumentos que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos: (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhece os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito ao trabalho, de forma que por meio dele toda pessoa deve ter assegurada uma existência compatível com a dignidade humana; (ii) o Pacto Internacional sobre Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 reconhece a toda pessoa o direito de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito; (iii) a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990 garante, com base no princípio da igualdade, que todos os trabalhadores migrantes não sejam privados de seus direitos laborais; (iv) a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 reconhece que todas as pessoas têm o direito de seguir livremente sua vocação, de acordo com as oportunidades de emprego existentes, garantindo-lhes o direito ao trabalho em condições dignas; e (v) o Protocolo de São Salvador de 1988 reconhece a toda pessoa o direito à oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna por meio de uma atividade lícita.

2. DIÁLOGO COM A NORMATIVA BRASILEIRA

A partir dessas considerações preliminares, intenta-se discutir a influência que a Organização Internacional do Trabalho exerce, por meio das Convenções nº 97 e nº 143, na realidade brasileira, isto é, em que medida essas convenções dialogam com a normativa nacional e como repercutem tais normas convencionais para o estabelecimento da política migratória brasileira.

Importante mencionar que o Brasil, na condição de Estado membro da Organização Internacional do Trabalho, assumiu, quando de sua adesão à Organização, o compromisso de respeitar e seguir seus princípios constitucionais.

Tal compromisso, reafirmado na Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, se consubstancia a partir de dois aspectos, a saber: (i) o Estado deve promover a busca do trabalho decente sincronizando sua atuação estatal, de forma progressiva, para atingir os objetivos traçados pela OIT; e (ii) o Estado deve ratificar as convenções da Organização, visando promover a efetiva internacionalização (Ramos, 2011, p. 20) de suas normas, por meio da harmonização com a ordem jurídica interna.

Pensar a política migratória brasileira a partir da combinação da inserção dos migrantes, sejam documentados ou indocumentados, no mercado de trabalho com a proteção aos seus direitos humanos fundamentais, configura cumprimento do compromisso internacional de adesão aos princípios proclamados pela Organização Internacional do Trabalho, mas, para além disso, configura vinculação e observância aos princípios da liberdade, da igualdade de tratamento e da não discriminação, consagrados como normas de natureza *jus cogens* e *erga omnes* que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Desse modo, o estabelecimento de política migratória com respeito às exigências dos direitos humanos passa a ser determinante para o Estado e não uma mera opção quando de sua elaboração. É nesse sentido que o grau de discricionariedade no exercício da soberania estatal para implementação de política migratória está diretamente relacionado com o compromisso assumido com a comunidade internacional para a proteção dos direitos humanos dos migrantes, proporcionando a esses direitos o máximo de efetividade, sendo esse o propósito da internacionalização dos direitos.

A legislação brasileira, no que diz respeito à temática dos direitos dos trabalhadores migrantes, mostra-se em consonância com as diretrizes gerais da Organização Internacional do Trabalho e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e enfrenta o desafio de incluir esses trabalhadores no mundo do trabalho, garantindo, até mesmo aos trabalhadores indocumentados, o direito ao trabalho digno.

A Constituição Federal de 1988, ao elencar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República, e ao enfatizar como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos sem preconceito e sem discriminação de qualquer ordem, mostra notório alinhamento de seus preceitos com os princípios protetivos dos direitos humanos defendidos pela Organização Internacional do Trabalho.

Em especial, quanto aos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, a Constituição Federal brasileira determina em seu Art. 5º a observância geral dos direitos fundamentais a todo ser humano, independentemente de que seja nacional ou estrangeiro e, ainda, não faz distinção entre este último ser imigrante regular ou indocumentado.

Reconhece, assim, a legítima titularidade da proteção dos direitos humanos a todas as pessoas com base no princípio da igualdade. Quanto à ressalva de que os direitos fundamentais se estendem apenas àqueles estrangeiros residentes no Brasil, conforme a literalidade do caput do Art. 5º da CF, há entendimento consolidado (Brasil, 2009) de que residência significa morada no sentido amplo, de modo a abranger a estada de migrante no território nacional mesmo sem autorização formal de residência (Claro, 2010, p. 44).

Em continuidade e coerência à aplicação dos princípios e fundamentos constitucionais, o direito ao trabalho, anunciado no Art. 6º da Constituição Federal, foi alçado no rol de direitos sociais que compõem o núcleo essencial de direitos básicos – as cláusulas pétreas, sem os quais a ordem jurídica não concebe uma existência com dignidade e respeito ao ser humano.

A inclusão dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas significa protegê-los contra eventual supressão na ordem constitucional, assegurando, em última instância, a prevalência do sistema de direitos fundamentais, no qual está inserido o direito ao trabalho. Disso decorre o entendimento de que tais direitos não podem ser objeto de interpretação ou de aplicação que venha a contrariar os preceitos constitucionais. Daí a necessidade de se buscar harmonização, à luz das diretrizes constitucionais, das demais normas infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico, bem como da atuação estatal quando do estabelecimento de política pública.

No nível infraconstitucional, a legislação brasileira reúne dois marcos importantes no trato da questão migratória que, ao lado da Constituição Federal, servem de parâmetro para a implementação de

política pública que venha a regular os direitos dos migrantes no tocante a sua entrada, permanência e autorização para trabalhar no território nacional.

Ressalte-se que essa legislação teve o condão de superar o então Estatuto do Estrangeiro, que representava paradigma inconsistente para embasar uma política verdadeiramente inclusiva do ponto de vista do acolhimento dos migrantes e do reconhecimento de seus direitos humanos.

O primeiro marco legal foi o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009. Mesmo não tendo revogado à época o Estatuto do Estrangeiro, o Acordo sobre Residência trouxe modificações relevantes para o tratamento da regularização migratória, viabilizando uma política de livre circulação entre trabalhadores, com acesso ao trabalho para a população proveniente de países fronteiriços em condições dignas e paritárias com os nacionais e com respeito aos princípios da não discriminação, da igualdade e da liberdade de locomoção. Afirma Baraldi (2014) que foi no âmbito dos processos de política migratória do Mercosul que o Brasil teve suas experiências mais inovadoras, no que diz respeito à normatividade migracional.

O Acordo sobre Residência inovou no tocante à possibilidade de o migrante receber autorização para obtenção de residência, temporária ou definitiva, por meio da qual lhe seria assegurado um tratamento igualitário em relação aos nacionais para o gozo de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos, com expressa menção ao direito a trabalhar e a exercer qualquer atividade lícita.

Note-se, entretanto, que o condicionamento do gozo dos direitos pelos imigrantes à obtenção de autorização de residência, conforme previsto no Acordo sobre Residência sob o fundamento do princípio da igualdade, acabou por conferir um alcance menos amplo do que aquele apresentado pela própria Constituição Federal ao deferir tratamento igualitário a nacionais e a estrangeiros, ainda que estes não tenham

obtido formalmente residência no Brasil. No entendimento de Dal Maso Jardim (2017, p. 40), a Constituição assegura a todas as pessoas, sem discriminação, o gozo dos direitos fundamentais que representam o mínimo aceitável à dignidade humana.

O segundo marco legal que representa verdadeiro fortalecimento das relações jurídicas que envolvem direitos dos trabalhadores migrantes é a Lei de Migração nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Essa lei, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, foi responsável pela mudança de paradigma na política migratória brasileira, trazendo a substituição da atenção na segurança nacional como questão norteadora para viabilizar ou não o acesso ao trabalho pelos imigrantes pela atenção na prevalência dos direitos humanos para embasar política migratória de proteção e efetiva inclusão dos migrantes na comunidade.

Assim, é notória a preocupação da Lei de Migração com o tratamento da mobilidade humana internacional, pautando-o pelo respeito à pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, em que o reconhecimento dos direitos à igualdade de oportunidades e à liberdade de locomoção estão em destaque, colocando o migrante como sujeito central, detentor do legítimo interesse de proteção.

A Lei de Migração apresenta-se alinhada aos ditames constitucionais de construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, fundamentada na prevalência dos direitos humanos, dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Alinha-se, ainda, aos princípios defendidos pela Organização Internacional do Trabalho e às diretrizes anunciadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nos dizeres de Carvalho Ramos (2017), "o eixo central da Lei de Migração é a proteção dos direitos humanos, os quais devem ser reconhecidos a partir de sua universalidade, indivisibilidade e interdependência".

Os avanços trazidos pela Lei de Migração no trato da questão migratória ficam evidenciados em vários de seus dispositivos, dentre os quais destaca-se o Art. 30 que possibilita a autorização de residência ao migrante com a finalidade de acolhida humanitária ou

de trabalho, sendo enfatizado no Art. 31 que a situação migratória regular não deve ser considerada como fator condicionante para a concessão da autorização de residência.

Outro dispositivo que merece destaque é o Art. 4º da lei, que assegura ao migrante no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos e garante o cumprimento de obrigações trabalhistas, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória do trabalhador. Nesse ponto torna-se claro o objetivo da lei em ampliar direitos para garantir a proteção jurídica de grupos vulneráveis, como se mostram os imigrantes em situação de indocumentação.

A sintonia da Lei de Migração com os objetivos traçados pela Organização Internacional do Trabalho se evidencia na medida em que rechaça tratamento discriminatório contra imigrantes indocumentados, o que, inclusive, coloca a lei nacional em nível mais avançado em relação à Convenção nº 97 da própria OIT, no que atine ao reconhecimento de direitos humanos fundamentais, em particular o direito ao trabalho.

Isso ocorre porque, como já salientado, a Convenção nº 97, ao determinar igualdade de tratamento no gozo de diversos direitos aos migrantes, condiciona a que estes estejam em situação regular no país receptor. Desse modo, a referida Convenção situa-se aquém da proteção conferida pela Lei de Migração aos imigrantes indocumentados, repercutindo no território nacional, nesse aspecto, a insuficiência normativa da Organização Internacional do Trabalho e sua intrínseca contradição institucional.

As convenções da Organização Internacional do Trabalho, quando ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, são recebidas como leis infraconstitucionais e, portanto, com a Constituição Federal devem guardar concordância. A Convenção nº 97 da OIT foi ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, com início de vigência em território nacional a partir de junho de 1966. Conforme ressaltado, essa Convenção, ao delimitar a proteção dos direitos nela previstos somente à parcela de

trabalhadores migrantes legalmente situados no país que os recebe, exclui de forma expressa os imigrantes indocumentados.

Essa situação desemboca no paradoxo de que o Brasil, uma vez tendo internalizado essa norma convencional na ordem jurídica brasileira, fica adstrito ao seu cumprimento, estando legitimado, à primeira vista, a estabelecer política pública migratória que não contempla direitos em igualdade de condições aos trabalhadores imigrantes indocumentados, a despeito dos princípios e objetivos enunciados pela OIT e a que se obrigou a cumprir na qualidade de Estado membro. O paradoxo consiste na possibilidade de o Brasil reproduzir, logicamente, a contradição normativa da Organização Internacional do Trabalho, da qual é membro.

Entretanto, essa incongruência segue resolvida pela prevalência das normas constitucionais brasileiras (as quais, diga-se, não se distanciam das normas principiológicas da Organização Internacional do Trabalho), e pela forma de aplicação das leis brasileiras que se vale da interpretação baseada na combinação de critérios de especialidade e posterioridade de normas de mesma hierarquia na estrutura do ordenamento jurídico interno, conforme orientação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Dessa forma, a cobertura no reconhecimento e na proteção de direitos aos migrantes oferecida pela Convenção nº 97 da OIT é suplantada pelo advento da Lei de Migração que considera um contexto migratório mais amplo para englobar a proteção jurídica de grupos vulneráveis, como o são os trabalhadores imigrantes indocumentados.

Já no tocante à Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho, o Brasil ainda não a ratificou, de tal sorte que sua insuficiência protetiva não se reproduz internamente no país.

Portanto, ambas convenções da Organização Internacional do Trabalho, muito embora possuam um alcance limitado em razão das restrições impostas aos trabalhadores imigrantes indocumentados, não representam na realidade brasileira entraves à promoção e à proteção efetiva de direitos a essa parcela de trabalhadores, tendo

em vista o avanço da legislação brasileira no tocante ao reconhecimento de direitos aos migrantes.

3. POLÍTICA MIGRATÓRIA NACIONAL

É possível afirmar que o Brasil reúne um conjunto harmônico de normas que, ao menos no plano formal, se coaduna com as diretrizes principiológicas da Organização Internacional do Trabalho e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse conjunto de normas forma o arcabouço necessário para direcionar a atuação do governo brasileiro quanto ao estabelecimento de sua política migratória.

Vale dizer, os princípios e diretrizes para a construção da política migratória brasileira, cujo objetivo é assegurar direitos humanos para os migrantes, estão delineados na Lei de Migração que, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com os compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil, devem servir de baliza para a atuação estatal na busca por soluções voltadas para a população migrante.

Assim, a discricionariedade do governo brasileiro para elaborar e executar política migratória encontra seus limites e contornos na necessária observância dos preceitos constitucionais e legais, sob pena de, contrariando-os, ter seus atos submetidos ao controle judicial para aferição de sua legalidade e da conformidade com os objetivos traçados pela legislação.

O órgão responsável pela formulação da política nacional de imigração no Brasil é o Conselho Nacional de Imigração – CNIg. Esse órgão, vinculado ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública, valendo-se da edição de resoluções normativas, vem pautando a produção da política migratória com base na orientação de fechamento de fronteiras do país para imigrantes de qualquer nacionalidade.

Tal orientação se dissocia sobremaneira das diretrizes constitucionais e legais do ordenamento nacional por sua desproporcionalidade e distanciamento da lógica do sistema de

proteção aos migrantes e demonstra, além do descomprometimento do governo brasileiro com a defesa dos interesses dos migrantes, também uma grave ameaça às conquistas já alcançadas no trato da questão migratória (Ramos *et al.*, 2017).

Valendo-se do contexto da pandemia causada pela rápida disseminação do novo coronavírus, e sob o fundamento da necessidade de adotar medidas para enfrentamento da situação emergencial de saúde pública, o governo brasileiro vem restringindo o acesso de imigrantes ao território nacional, atrelando ao descumprimento dessa disposição a aplicação de sanções como a repatriação, a deportação imediata e a inabilitação de pedido de refúgio (Moreira, 2020), em franca contrariedade ao princípio da acolhida humanitária, previsto na Lei de Migração, aos princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento, defendidos pela Organização Internacional do Trabalho e à dignidade da pessoa humana, pilar axiológico da Constituição Federal de 1988.

Assim, verifica-se pelo teor da Portaria nº 255, de 22 de maio de 2020, a proibição temporária à entrada no país de estrangeiros de qualquer nacionalidade, com algumas exceções trazidas pela própria portaria, sendo certo que a não observância dessa determinação implica para o estrangeiro sanções não autorizadas pela legislação brasileira.

Embora a Portaria nº 255 já esteja revogada, teve o seu conteúdo replicado por sucessivas portarias editadas pelo governo brasileiro,¹ que o fez com respaldo na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a qual autorizou as autoridades competentes brasileiras a estabelecer restrições à entrada e à saída do país por rodovias,

¹ A Portaria Interministerial nº 255, de 22 de maio de 2020, editada pelos Ministros de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública, da Infraestrutura e da Saúde, foi revogada, mas seu conteúdo foi replicado pelas edições sucessivas, conforme portarias de números 340/2020, 01/2020, 419/2020, 456/2020, 470/2020, 478/2020, 518/2020, 615/2020, 630/2020 e 648/2020, estando em vigor a Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021.

portos e aeroportos, permitindo, com isso, a adoção de medidas de restrição de acesso de imigrantes ao território nacional.

A restrição da mobilidade humana internacional, impossibilitando os imigrantes de receberem acolhimento humanitário, bem como tratamento igualitário em relação aos nacionais, levada a efeito pela política migratória nacional, além de promover o desamparo dos imigrantes, desconsidera que tais medidas – acolhida humanitária e igualdade de tratamento – decorrem de direitos já reconhecidos e consolidados pela normativa nacional e internacional, e não de uma liberalidade situada na esfera de discricionariedade da atuação estatal. Portanto, são medidas que devem vincular o governo brasileiro quando do estabelecimento da política migratória nacional.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, não obstante o avanço da legislação migratória no Brasil e o efetivo diálogo entre a normativa nacional e internacional, no que diz respeito às diretrizes principiológicas de proteção dos direitos humanos a todos os trabalhadores, a efetividade dos direitos fundamentais dos imigrantes, em especial daqueles indocumentados, depende, no entanto, da implementação desses direitos por meio de política pública.

O Estado brasileiro, na condição de membro da Organização Internacional do Trabalho e comprometido com os objetivos institucionais por esta anunciados, deve, a despeito da ratificação e da incorporação ao seu ordenamento interno da Convenção nº 97, proceder à harmonização dessa normativa com as demais normas que compõem o arcabouço jurídico nacional.

Portanto, ainda que o Brasil se valha do espaço deixado pela Convenção nº 97 da OIT quanto à discricionariedade do Estado para elaborar política migratória em que se permita a exclusão de imigrantes indocumentados, acaba por esbarrar no compromisso assumido pelo próprio Estado brasileiro com a comunidade

internacional que tem o significado de servir como um contrapeso na condução da política migratória.

Desse modo, a repercussão da insuficiência normativa da Organização Internacional do Trabalho, que acabaria por legitimar políticas restritivas aos imigrantes indocumentados, fica reduzida pela coexistência de um conjunto normativo internacional de proteção dos direitos humanos e pelo arcabouço normativo nacional que com ele se coaduna.

A Organização Internacional do Trabalho, enquanto instância essencial e estratégica para proteger e promover o direito de todos os migrantes na seara laboral, assume para si a responsabilidade de conciliar interesses políticos e humanitários no intuito de se alcançar a justiça nas relações de trabalho.

Nesse sentido, a permanência no âmbito da OIT de normas convencionais que excepcionam o alcance de direitos fundamentais a uma parcela de trabalhadores, acaba por comprometer a construção de um padrão internacional de normas de direitos humanos condizentes com a dignidade do trabalhador e coloca a proteção oferecida pela OIT aquém do patamar jurídico já reconhecido na comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

- BARALDI, C. A experiência do Mercosul em matéria de migrações. **Pontes**, Genebra, n. 10, v. 10, p. 13-17, dez. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 97.147/MT**. Relator: Min. Cezar Peluso, 4 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo554.htm>.
- CLARO, C. de A. B. Do Estatuto do Estrangeiro à Lei de Migração: avanços e expectativas. **Boletim de Economia e Política Internacional**, Brasília, DF, n. 26, p. 41-53, set. 2019/abr. 2020.
- JARDIM, T. Dal M. A lei migratória e a inovação de paradigmas. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, Brasília, DF, v. 12, n. 12, p. 17-46, 2017.
- MOREIRA, T. O. A (in)convencionalidade da política migratória brasileira diante da pandemia do Covid-19. *In*: BAENINGER, R.; VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (coord.). **Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2020. p. 273-281.
- RAMOS, A. de C. Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. *In*: RAMOS, A. de C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. de (org.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2011. p. 15-44.
- RAMOS, A. de C. Direitos humanos são o eixo central da nova Lei de Migração. **Consultor Jurídico**, 26 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>.
- RAMOS, A. de C.; RIOS, A.; CLÈVE, C.; VENTURA, D.; GRANJA, J. G.; MORAES, J. L. B. de; PIRES JR, P. A.; DALLARI, P. B. de A.; REIS R. R.; JARDIM, T. Dal M.; BERNER, V. Regulamento da nova Lei de Migração é contra *legem e praeter legem*. **Consultor Jurídico**, 23 nov. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opinioao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>.
- TRINDADE, A. A. C. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos. **Cadernos de**

Debates Refúgio, Migrações e Cidadania, Brasília, DF, v. 3, n. 3, p. 53-93, 2008.

AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES ENTRE AS RECENTES ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA E AS NORMAS INTERNACIONAIS DA OIT RATIFICADAS PELO BRASIL

CONTROVERSIES BETWEEN RECENT CHANGES IN BRAZILIAN LABOUR LAW AND ILO INTERNATIONAL STANDARDS RATIFIED BY BRAZIL

Raphael Pires do Amaral*
Sandor Ramiro Darn Zapata**

INTRODUÇÃO

As convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) são o principal instrumento jurídico de regulamentação dos direitos sociais fundamentais trabalhistas, na medida em que estabelecem padrões normativos internacionais que visam a busca do aperfeiçoamento e a construção dos ordenamentos jurídicos dos Estados, que optam por ratificarem tais diplomas internacionais.

* Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Advogado.

** Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Advogado.

O Estado brasileiro, além de ser membro fundador da entidade, desde 28 de junho de 1919, e membro permanente do Conselho de Administração, desde 7 de novembro de 1978, já ratificou 97 convenções internacionais, sendo certo que 12 convenções foram denunciadas e 79 convenções estão em vigor, das quais sete são fundamentais e três são prioritárias.

No século passado, tratados internacionais de direitos humanos e, especialmente, as declarações e convenções da OIT corporificaram um tratamento uniformizado aos direitos dos trabalhadores, tendo como alicerce a justiça social e a busca efetiva do "trabalho decente".

Paralelamente à ordem jurídica internacional, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) declamou expressamente a imprescindibilidade do trabalho como ferramenta mais importante de afirmação da dignidade da pessoa humana, seja no âmbito de sua individualidade como ser humano, seja em seu contexto socioeconômico. A promoção do valor social do trabalho encontra-se corporificada tanto no Art. 1º, incisos III e IV, da CF/88 - com a marcação dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil -, como no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. O trabalho, dentro de uma perspectiva jurídica interna e externa, se mostra como o valor jurídico necessário para a existência digna do ser humano.

Nas últimas décadas, verifica-se uma tendência estatal em promover flexibilizações das leis trabalhistas, com o propósito de aumentar a produtividade e a competitividade do setor privado, possibilitando o desenvolvimento econômico e, por via de consequência, a diminuição do desemprego. Porém, há argumentos contrários, no sentido de que a flexibilização seria, na realidade, um pretexto para reduzir os direitos dos trabalhadores, ou seja, seria um processo de precarização/desregulamentação do trabalho, na medida em que não contribui para o fortalecimento das relações de trabalho, representando um efetivo retrocesso social.

No cenário brasileiro, o modelo estatal neoliberal adotado afetou diretamente a trama das relações sociais. Por meio de alterações na legislação trabalhista e previdenciária, as autoridades

políticas da gestão anterior e da atual, buscaram promover uma adequação às novas relações de trabalho.

O objetivo principal deste capítulo consiste em promover algumas considerações sobre as principais controvérsias existentes entre as recentes alterações na legislação trabalhista brasileira e as normas internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil.

1. REFORMA TRABALHISTA: A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada “Reforma Trabalhista”, inseriu dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho e modificou numerosas partes de seu texto e de legislação esparsa, do mesmo jeito que cuidou de temáticas objeto da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

A “Reforma Trabalhista”, externalizada por meio da Lei nº 13.467/2017, transfigurou 201 aspectos da estrutura normativa trabalhista e, por via de consequência, alterou elementos centrais da relação de emprego e das instituições responsáveis pela normatização e efetivação das relações trabalhistas.

Dentro das alterações, destacam-se:

- formas de contratação;
- simplicidade para despedir;
- flexibilização das jornadas de trabalho;
- remuneração da jornada;
- condições de trabalho que afetam a saúde e a segurança no trabalho;
- modificações na regulamentação da representação dos interesses coletivos dos trabalhadores e da negociação coletiva;
- limitações de acesso à Justiça do Trabalho;
- engessamento do sistema de fiscalização de fraude.

As mudanças na legislação trabalhista provocaram um complexo e aquecido debate no corpo social brasileiro e, concomitantemente, no âmbito da OIT. Além das greves, dos

embates acadêmicos¹ e das manifestações institucionais, o Supremo Tribunal Federal recebeu inúmeras ações - diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade - questionando pontos da Lei. Paralelamente, após a aprovação da "Lei Reformista", a OIT recebeu denúncias das entidades sindicais brasileiras, assim como incluiu por duas vezes (2018 e 2019) o Brasil entre os 24 casos suspeitos de violar as normas internacionais do trabalho – a denominada *short list*.

A citada Lei nº 13.467/2017 modificou substancialmente o campo normativo da negociação coletiva na legislação trabalhista brasileira. Com a sua vigência, iniciou-se o (des)caminho de possibilitar a prevalência da negociação coletiva (convenção coletiva e acordo coletivo) sobre a lei – mesmo nos casos em que haja redução de direitos. O Art. 611-A elenca um rol (itens de I a XV) de direitos passíveis de prevalência dos instrumentos coletivos sobre a lei, bem como deixa expressa a possibilidade de outros direitos adentrarem a esse mecanismo. Abaixo, redação do preceito legal:

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;

¹ Sobre a reforma trabalhista, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 39-40) preceituam que: "A reforma trabalhista implementada no Brasil por meio da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais".

- IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
 - X – modalidade de registro de jornada de trabalho;
 - XI – troca do dia de feriado;
 - XII – enquadramento do grau de insalubridade;
 - 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;
- § 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.

O Art. 611-A tem como vestimenta a possível redução, por meio de negociação coletiva, do patamar mínimo de proteção social do trabalho estabelecido por lei. Tal cenário coloca em perspectiva se o dispositivo supra identificado está em consonância com as convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, bem como qual seria sua correta interpretação e aplicação. Assim, passa-se a examinar o dispositivo legal sob uma ótica internacional, especificamente, pelo ângulo da OIT.

A negociação coletiva, definida na Convenção nº 154² da OIT, foi ao longo dos anos aplicada e interpretada em inúmeros precedentes do Comitê de Liberdade Sindical da OIT. A título de exemplificação, apresenta-se um precedente (OIT 2006, p. 189,

² Referida Convenção foi aprovada na 67ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, em 1981), tendo sua vigência internacional iniciada em 11 de agosto de 1983. No plano do direito interno brasileiro, a referida Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22, de 12 de maio de 1992, tendo sido ratificada em 10 de julho de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994.

tradução dos autores) do Comitê que aborda os princípios gerais do direito de negociação coletiva:

881. O direito de negociar livremente condições de trabalho com os empregadores constitui um elemento essencial da liberdade sindical, e os sindicatos deveriam ter o direito, por meio de negociação coletiva ou outros meios lícitos, de tentar melhorar as condições de vida e de trabalho daqueles a quem representam, enquanto as autoridades públicas devem abster-se de intervir para que esse direito seja restrito ou seu exercício legítimo seja impedido. Essa intervenção violaria o princípio de que as organizações de trabalhadores e de empregadores deveriam ter o direito de organizar suas atividades e formular seu programa.

Nota-se, pelo incluso precedente, que o direito e o objetivo da negociação coletiva estão essencialmente constituídos e garantidos na aquisição de melhorias às condições de vida e trabalho – jamais o contrário. O Comitê de Liberdade Sindical da OIT entende que a negociação coletiva é um procedimento de concessões mútuas, incidentes sobre as demandas de negociação, e que são necessariamente feitas para a aquisição de direitos, e não sua redução. À vista disso, as negociações coletivas não incidem sobre o mínimo assegurado por lei – mas a partir desse patamar mínimo legal -, tampouco se realizam sem as contrapartidas necessárias e fundamentais às melhorias nas condições de vida e trabalho.³

Insta informar que a OIT, em sua Convenção nº 154, consagra que a negociação coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, o empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de

³ “941. A negociação coletiva, que implica um processo de concessões mútuas e uma certeza razoável de que os compromissos negociados serão mantidos, pelo menos durante o período do contrato, uma vez que este é o resultado de compromissos assumidos por ambas as partes sobre determinadas questões e da renúncia a determinados requisitos de negociação para obter outros direitos considerados mais prioritários pelos sindicatos e seus membros. Se esses direitos, em troca dos quais foram feitas concessões em outros pontos, podem ser cancelados unilateralmente, não poderia haver nenhuma expectativa razoável de estabilidade nas relações de trabalho, nem confiança suficiente nos acordos negociados” (OIT, 2006, p. 201, tradução dos autores).

empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: (i) fixar as condições de trabalho e de emprego; (ii) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; (iii) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez.

Já a Convenção nº 98⁴ da OIT estabeleceu, em seu Art. 1º, que “os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego”, de modo que essa proteção “deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a: a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou de deixar de fazer parte de um sindicato; e b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora as horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas”.

No seu Art. 2º, a Convenção nº 98 entabulou ainda que “as organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas em outras, quer diretamente, quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração”, e que serão particularmente identificadas a atos de ingerência “medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por meios financeiros ou outros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores”.

⁴ Referida Convenção foi aprovada na 32ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1949), tendo entrado em vigor, no plano internacional, em 18 de julho de 1951. No âmbito nacional, esta Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 49, de 27 de agosto de 1952, ratificada em 18 de novembro de 1952, promulgada pelo Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953, e entrado em vigor em 18 de novembro de 1953.

À luz das convenções da OIT e dos precedentes do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, há que se observar que um cenário de negociação coletiva marcado por coação, intimidação, ameaça e constrangimento em face dos trabalhadores, com o intuito claro de forçá-los a reduzir ou renunciar direitos mínimos assegurados pela legislação, desvirtuando para esse fim a essência de uma negociação coletiva, se dá manifestamente contrário às liberdades sindical e de negociação.⁵

Essa situação ventilada, categoricamente antissindical, não se compara aos casos já expostos na CF/88, os quais guardam comprovadamente situação de crise - possibilidade de redução do salário (Art. 7º, inciso VI), a compensação da jornada (Art. 7º, inciso XIII) e a modificação dos parâmetros da jornada reduzida para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (Art. 7º, inciso XIV). Não se pode olvidar que sob o pretexto de instabilidade econômica, muitas negociações coletivas sejam utilizadas com o fito de reduzir direitos legalmente constituídos. Essa conduta, contanto que comprovada a má-fé, é igualmente atentatória à finalidade da negociação coletiva e, primordialmente, às liberdades sindical e de negociação.

Analisando as Convenções nº 98 e nº 154 da OIT e as interpretações formuladas pelo Comitê de Liberdade Sindical, constata-se que o instrumento de negociação coletiva tem por âmbito e escopo a promoção da melhoria das condições de trabalho e a proteção social do trabalho. A existência de lei em sentido diverso, ou seja, a possibilidade legal de reduzir direitos fundamentais por via de instrumentos coletivos e, conseqüentemente, diminuir a proteção social do trabalho e as

⁵ "44. Os direitos das organizações de trabalhadores e de empregadores só podem ser exercidos em um clima desprovido de violência, pressões ou ameaças de qualquer tipo contra os dirigentes e afiliados dessas organizações, e cabe aos governos garantir o respeito deste princípio [...] 795. Os atos de discriminação antissindical não devem ser autorizados sob o pretexto de demissão por razões econômicas" (OIT, 2006, p. 15 e 170, tradução dos autores).

condições de trabalho é estritamente contrária ao que estabelece nas convenções ratificadas pelo Brasil.⁶

Nesse aspecto, vê-se que a correta interpretação do Art. 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com vistas à análise de convencionalidade do dispositivo, será sucedida quando ocorrer sempre uma legítima negociação coletiva livre e voluntária, tendo como fato a melhoria das condições de vida e trabalho – nunca para reduzir ou renunciar o mínimo estabelecido pela lei.

Uniformemente é o caminho hermenêutico do parágrafo 2º do Art. 611-A, posto que a análise da negociação coletiva realizar-se-á em face da sua essência e não das contrapartidas expressamente consideradas, visto que, consoante o Art. 112 do Código Civil, “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (Porto, 2018, p. 129).

Contudo, vale lembrar que o STF possui entendimentos no sentido de que para que seja considerada válida a negociação coletiva, se faz necessária a existência de concessões recíprocas. Nos autos do RE 895.759, assim ficou registrado:

O acórdão recorrido (do TST) não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

Conclui-se, pois, que o Art. 611-A da CLT, à luz das convenções da OIT ratificadas pelo Brasil e, especialmente, a prevalência da

⁶ Como é cediço, as convenções da OIT ratificadas pelo Brasil possuem minimamente *status* supralegal, em virtude de entendimento consolidado – pelo Supremo Tribunal Federal no RE 466.343 – do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direito humanos ratificados e promulgados pelo Brasil, consoante Art. 5º, § 2º e § 3º da CF/88 (Zapata, 2016, p. 215-220).

negociação coletiva sobre a lei, dar-se-á somente naqueles casos em que as condições de melhorias de vida e trabalho sejam efetivadas e a proteção social do trabalho esteja acima do degrau mínimo legal.

2. DECRETO Nº 10.088/2019

O Decreto nº 10.088/2019 foi publicado em edição extra no Diário Oficial da União (DOU) no dia 6 de novembro de 2019. Composto de seis artigos, é dividido em Capítulo I (DISPOSIÇÕES PRELIMINARES – Art. 1º), Capítulo II (DAS CONVENÇÕES E DAS RECOMENDAÇÕES – Art. 2º) e Capítulo III (DISPOSIÇÕES FINAIS (Artigos 3º a 6º).

De acordo com o Art. 1º, o decreto consolida, na forma de seus anexos, os atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da OIT ratificadas pelo Brasil e em vigor, em observância ao disposto na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

Na forma do Art. 2º, as convenções e recomendações da OIT, aprovadas pelo Congresso Nacional, promulgadas por ato do Poder Executivo federal e consolidadas pelo decreto foram reproduzidas integralmente nos seus “anexos”. Os Instrumentos que foram mencionados foram as Convenções nº 6, 42, 16, 45, 53, 80, 98, 92, 11, 12, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 99, 100, 22, 94, 97, 103, 105, 106, 113, 111, 115, 116, 117, 118, 120, 122, 127, 125, 124, 131, 148, 142, 152, 162, 161, 145, 159, 135, 139, 160, 147, 136, 155, 119, 154, 133, 140, 137, 141, 126, 144, 170, 163, 166, 164, 168, 146, 132, 134, 182, 174, 138, 171, 169, 176, 167, 178, 151, 181; as Recomendações nº 190, 181, 146, 183, 175, 159; e a Emenda da Constituição da OIT (1946).

Portanto, no total, foram mencionadas 77 convenções, 6 recomendações e a Emenda da Constituição da OIT. Não foram mencionadas no Art. 2º as Convenções nº 102 e nº 189 da OIT.

No Art. 3º, o decreto estabelece que as convenções anexas serão executadas e cumpridas integralmente em seus termos, ficando detalhados alguns termos e disposições nos parágrafos e

incisos do referido artigo. Já no Art. 4º, consta que são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional atos que possam resultar em revisão das convenções anexas ao decreto e ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do inciso I do caput do Art. 49 da CF/88.

O Art. 5º revogou 80 decretos de promulgação de convenções da OIT. Convém destacar, para este estudo científico, que não foram mencionados no Art. 5º os decretos de promulgação das Convenções nº 102 e nº 189 da OIT.

Em relação à Convenção nº 102⁷ da OIT, o Estado brasileiro é signatário deste instrumento internacional, o qual estabelece normas mínimas da seguridade social. Curiosamente, a despeito das disposições contidas no Art. 102 da Carta das Nações Unidas e Art. 80 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados relativas à publicação e promulgação dos tratados internacionais, não houve decreto de promulgação da Convenção nº 102 da OIT pelo Estado brasileiro, o que justifica a ausência de menção no Decreto nº 10.088/2019.

De toda forma, é importante lembrar que, apesar de não haver uma disposição expressa na CF/88 que imponha a adoção de decreto de promulgação para dar publicidade aos tratados, o entendimento prevalecente na prática das relações internacionais é no sentido de que a fase interna de Promulgação e Publicação de um tratado internacional é condição essencial para que o diploma internacional seja aplicado no âmbito interno, sendo, inclusive, este o posicionamento jurisprudencial adotado pelo STF (CR 8279 AgR/AT) (Zapata, 2016, p. 202-208).

Na prática, o decreto de promulgação de um tratado internacional possui 3 efeitos básicos que lhe são inerentes: 1) promulgação do tratado; 2) publicação oficial de seu texto; 3) executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente

⁷ Referida Convenção foi aprovada na 35ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1952), tendo entrado em vigor no plano internacional em 27 de abril 1978. No âmbito nacional, esta Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 269, de 19 de setembro de 2008, e ratificada em 15 de junho de 2009.

então, a vincular e a obrigar no plano do Direito positivo interno (Varella, 2012, p. 65).

Portanto, entendemos que apesar de ser, no ordenamento jurídico brasileiro, alçada de discricionariedade do Presidente da República a prática de publicação dos tratados internacionais, temos que a situação de ausência de decreto de promulgação da Convenção nº 102 da OIT precisa ser corrigida, a fim de que seja conferida a devida executoriedade a este instrumento internacional no âmbito interno.

Quanto à Convenção nº 189⁸ da OIT, o Estado brasileiro é signatário deste instrumento internacional, o qual dispõe sobre o trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos. No Brasil, a Convenção nº 189 da OIT entrou em vigor em 31 de janeiro de 2019, no entanto, inexistente ainda o competente decreto de promulgação. Portanto, entendemos que não há justificativa plausível para demora ou desídia na expedição do decreto de promulgação da Convenção nº 189 da OIT.

Por fim, o Art. 6º do decreto dispõe que o mesmo entra em vigor em 6 de maio de 2020.

Desta forma, temos que o Decreto nº 10.088/2019 representa um novo paradigma científico⁹ jurídico, na medida em que o Estado brasileiro rompeu com a tradicional prática das relações internacionais, no que tange à promulgação das normas internacionais do trabalho da OIT (convenções e recomendações) que foram adotadas pelo Brasil.

No que diz respeito à promoção da consolidação dos atos normativos editados pelo Poder Executivo federal sobre a

⁸ Referida Convenção foi aprovada na 100ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 2011), tendo entrado em vigor no plano internacional em 5 de setembro de 2013. No âmbito nacional, esta Convenção foi ratificada em 31 de janeiro de 2018.

⁹ De acordo com Thomas Kuhn (1982, p. 13), os paradigmas científicos representam “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

promulgação de convenções e recomendações da OIT ratificadas pelo Brasil e em vigor, que foram elencadas no Art. 2º do Decreto nº 10.088/2019, reputamos que a referida medida jurídica adotada pelo atual governo federal encontra-se em consonância com as disposições da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, sendo uma forma legislativa de uniformizar a aplicação e a vigência interna das convenções da OIT no ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, com base nos Artigos 102 da Carta das Nações Unidas e 80 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados combinados com a jurisprudência do STF, entendemos que se faz necessária a expedição de decretos de promulgação das Convenções nº 102 e nº 189 da OIT, para que sejam preservadas a aplicação e a eficácia desses importantes instrumentos internacionais no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

3. MP Nº 905/19

A Medida Provisória nº 905/19 instituiu o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, alterou a legislação trabalhista, e deu outras providências. Referido instrumento normativo foi publicado em edição extra no Diário Oficial da União (DOU), no dia 12 de dezembro de 2019, e entra em vigor em noventa dias após a data de sua publicação, quanto às alterações promovidas pelo Art. 28 nos Art. 161, Art. 634 e Art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovadas pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943; no primeiro dia do quarto mês subsequente ao da publicação, quanto à inclusão do Art. 4º-B na Lei nº 7.998, de 1990, promovida pelo Art. 43; e na mesma data, quanto aos demais dispositivos. O Congresso Nacional terá até 120 dias (contados a partir da publicação) para aprovar, mudar ou rejeitar os ajustes promovidos pelo governo.

Dentre as várias modificações na legislação trabalhista, calha destacar, resumidamente, as seguintes:

- possibilidade de contratação do primeiro emprego para jovens entre 18 e 29 anos de idade, no programa da chamada carteira de trabalho verde e amarela (Artigos. 1º a 3º);

- privação de direitos oriundos de convenções e acordos coletivos de trabalho aos trabalhadores contratados sob as condições do seu novo sistema (Art. 4º);
- contribuição ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) que será dividida por 4, restringindo-se a um percentual equivalente a 2% (Art. 6º e 7º);
- prestação de horas extras ficará dependente pura e simplesmente de uma autorização individual do próprio empregado, sem qualquer tutela sindical (Art. 8º);
- indenização por despedida antecipada pelo empregador em contrato por tempo determinado não contará com o pagamento por metade dos salários relativos ao período de contrato restante (art. 11);
- faculdade da comprovação de acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento de obrigações trabalhistas pelo empregador junto ao trabalhador (Art. 14);
- contratação de seguro privado para acidentes pessoais, mediante acordo escrito com o trabalhador, para excluir a responsabilidade objetiva do empregador (Art. 15, § 2º);
- contratação de seguro privado para acidentes pessoais, com redução do percentual do adicional de periculosidade, de 20% para 5% sobre o salário-base do trabalhador (art. 15, § 3º);
- condicionamento da percepção do adicional de periculosidade no regime do "Contrato Verde e Amarelo" à exposição permanente (Art. 15, § 4º);
- redirecionamento de multas e penalidades administrativas, além de condenações sobre danos coletivos, resultantes da fiscalização do trabalho por auditores-fiscais e da atuação do Ministério Público do Trabalho (Art. 28);
- interferência de agentes políticos no desempenho das atribuições institucionais confiadas aos Auditores-Fiscais do Trabalho (Art. 28);
- liberalização generalizada do trabalho em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, independentemente da

natureza da atividade econômica em que se ative o empregado (Art. 28);

- alteração do regime de trabalho reduzido de seis horas, vigente na categoria bancária, autorizando o trabalho nos bancos aos sábados (Art. 28);
- supressão da garantia de que os sindicatos tenham que tomar parte das negociações de participação nos lucros e resultados (PLR), com a banalização dos pagamentos a título de participação nos lucros (Art. 48);
- imposição de contribuição previdenciária sobre o benefício do seguro-desemprego (Art. 49).

Referidas modificações na legislação trabalhista advindas da MP nº 905/19 têm gerado um caloroso debate nos diversos níveis da sociedade, na política nacional e na comunidade acadêmica. Segundo E. Crivelli “[...] talvez seja a maior alteração praticada em todo a nossa história republicana na legislação trabalhista, através de uma medida provisória [...]” (Crivelli, 2019).

Foram elaboradas Notas Técnicas sobre as novas alterações incidentes ao Direito do Trabalho provenientes da MP nº 905, dentre as quais se destacam os trabalhos do Ministério Público do Trabalho (MPT), Comissão Nacional de Direitos Sociais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CNDS/CFOAB) e do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP) (MPT, 2019).

O Congresso instalou Comissão Mista para debater a MP nº 905/19, sendo relevante a atuação promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a qual apresentou à Comissão oito propostas de emendas (supressivas ou modificativas) relativas a temas como: indenização sobre saldo do FGTS, fracionamento do décimo terceiro salário, custeio da Previdência Social, pagamento de adicional de periculosidade, redução da alíquota mensal relativa à contribuição devida para o FGTS, prevalência da norma legal sobre a coletiva e limitação de idade para o primeiro emprego (ANAMATRA, 2019).

Foram ajuizadas no STF quatro ADIs (Ações Direitas de Inconstitucionalidade) contra a MP nº 905/19 (6261, 6265, 6267 e 6285).

Dentre os argumentos jurídicos adotados por aqueles que sustentam as inconstitucionalidades e ilegalidades/abusividades da MP nº 905/19, convém mencionar que, de acordo com o Art. 62, *caput*, da CF/88, são pressupostos formais das Medidas Provisórias a urgência e a relevância da matéria. A expedição da MP nº 905/19 contendo alteração da legislação trabalhista, sem a devida observância dos requisitos de urgência e a relevância¹⁰, além de violar o *caput* do aludido Art. 62, demonstra o descumprimento do compromisso assumido pelo Presidente da República de manter, defender e cumprir a Constituição.

Aliado a isso, com base nas notas técnicas do MPT e do CND/CF/OAB, as modificações relacionadas a multas, penas e danos, previstas no Art. 21 da MP nº 905/19 afetam vedações previstas no Art. 62, § 1º, inciso I, alíneas "b" e "c" da CF/88, ao versar sobre direito processual civil e questões organizativas do Ministério Público, cuja disciplina emana da Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei nº 7.347/1985) e da Lei Complementar nº 75/93.

Para este trabalho acadêmico convém focar nas principais controvérsias relativas ao ato presidencial em face das normas internacionais do trabalho da OIT que foram adotadas pelo Brasil. Adiante, serão apontadas 3 (três) possíveis violações às normas internacionais da OIT.

O Estado brasileiro é signatário da Convenção nº 144¹¹ da OIT, a qual estabelece mecanismos tripartites para promover a aplicação

¹⁰ Em decisão proferida no Processo nº 0000236-53.2019.5.07.0005, o Juiz do Trabalho Germano Silveira de Siqueira, da 3ª Vara do Trabalho de Fortaleza/CE, declarou a inconstitucionalidade formal da MP nº 905/19, vez que não vislumbrados tais requisitos.

¹¹ Referida Convenção foi aprovada na 61ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 21 de junho de 1976), tendo entrado em vigor, no plano internacional, em 16 de maio de 1978. No âmbito nacional, esta Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 1º de junho de 1989, ratificada em 27 de

das normas internacionais do trabalho no plano nacional dos Estados que a ratificarem.

A Convenção nº 144 da OIT ampliou consideravelmente o campo de atuação do tripartismo da OIT, ao determinar, para os Estados que a ratificaram, a obrigação de pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas entre os representantes do governo, dos empregadores e trabalhadores (Art. 5º, parágrafo 1º).

Desde a ratificação deste diploma internacional, houve um expressivo aumento da produção normativa brasileira, no que diz respeito à implementação da composição tripartite nos vários níveis do processo decisório. Segundo informações disponíveis no *site* da OIT, a produção normativa brasileira, desde a vigência da Convenção nº 144, foram as seguintes: Decreto nº 9.028, de 6 de abril de 2017, Portaria nº 230, de 27 de maio de 2011, Decreto de 20 de agosto de 2004, Portaria nº 447, de 19 de agosto de 2004, Portaria nº 1.127, de 2 de outubro de 2003, Portaria nº 1.029, de 12 de agosto de 2003, Decreto nº 4.796, de 29 de julho de 2003.

Ademais, há que se destacar que esse diploma internacional deve ser enquadrado como tratado internacional que possui conteúdo de direitos humanos, pelas seguintes razões: 1) É uma fonte incontestável de vigor, que permite evitar que as decisões sejam tomadas de modo meramente tecnocrático e assegurar um controle democrático de ação; 2) Estabelece mecanismos tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho no plano nacional dos Estados que a ratificarem; 3) O diálogo social é um eixo estratégico da ideia de trabalho decente; 4) Foi considerada norma prioritária pela entidade em 2008; 5) É equiparável ao artigo VIII, XXII e XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e com o disposto nos Artigos 2º, 3º, 6º, 7º e 8º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (Zapata, 2016, p. 91).

setembro de 1994, promulgada pelo Decreto nº 2.518, de 12 de março de 1998, e entrado em vigor em 27 de setembro de 1995.

A MP nº 905/19 foi procedida ao arrepio das regras relativas às consultas às organizações representativas dos empregadores e trabalhadores previstas na Convenção nº 144 da OIT, ensejando infração do grande marco da aceitação do diálogo social tripartite, e, por via de consequência, enfraquecimento dos ideais democráticos e republicanos nos vários níveis do processo decisório legislativo. Houve, portanto, uma falha inescusável na função do Estado em atuar como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade.

O Estado brasileiro também é signatário da Convenção nº 111¹² da OIT, a qual dispõe sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação. Esta Convenção considera que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na DUDH, proibindo, para os Estados que a ratificaram, práticas destinadas a toda distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão. (Art. 1º - 1).

A MP nº 905/2019, ao assegurar no Art. 1º que a modalidade de contratação é destinada à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte nove anos de idade, para fins de registro do primeiro emprego, insere um limitador de idade, violando os dispositivos constitucionais (Art. 5º, *caput* e inciso I da CF/88) que asseguram a igualdade de todos e a proibição de diferenças de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, previsto no Art. 7º, incisos XXX e XXXII da CF/88 e no Art. 1º (1) da Convenção nº 111 da OIT.

É importante registrar que o emprego, por si só, não constitui valor que justifique o tratamento discriminatório, pois,

¹² Referida Convenção foi aprovada na 42ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1958), tendo entrado em vigor, no plano internacional, em 15 de junho de 1960. No âmbito nacional, esta Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964; do Congresso Nacional, ratificada em 26 de novembro de 1965, promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, e entrado em vigor em 26 de novembro de 1966.

diferentemente do trabalho educativo, regulamentados pela Lei do Estágio (Lei nº 11.788/2008) e da Aprendizagem (Art. 428 da CLT), está inserido na exploração do trabalho humano, com finalidade lucrativa e produtiva. Segundo a ANAMATRA, “a tese da ‘discriminação positiva ou justificada’ não pode ser aceita, uma vez que não consta na presente norma, medidas de proteção em compensação às medidas de precarização das condições de trabalho ora estabelecidas” (ANAMATRA, 2019).

O Estado brasileiro também é signatário da Convenção nº 98¹³ da OIT, a qual dispõe sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva. Esta Convenção estabelece que os Estados-membros devem fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego. (Art. 4º).

Entendemos que o Art. 4º da MP nº 905/19, ao promover a privação de direitos oriundos de convenções e acordos coletivos de trabalho aos trabalhadores contratados sob as condições do seu novo sistema, fere normas previstas na Convenção nº 98 da OIT, especialmente o Art. 4º.

Portanto, é cabível, ao nosso entender, a provocação do Poder Judiciário brasileiro para que seja exercido o controle de (in)constitucionalidade/(in)convencionalidade da MP nº 905/19, a fim de preservar a observância no plano do Direito positivo interno das Convenções nº 144, 111 e 98 da OIT que foram incorporadas à ordem jurídica pátria.

¹³ Referida Convenção foi aprovada na 32ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1949), tendo entrado em vigor, no plano internacional, em 18 de julho de 1951. No âmbito nacional, esta Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 49, de 27 de agosto de 1952, ratificada em 18 de novembro de 1952, promulgada pelo Decreto nº 33.196, de 29 de julho de 1953, e entrou em vigor em 18 de novembro de 1953.

CONCLUSÃO

Neste capítulo, foram apresentados os principais aspectos jurídicos das recentes alterações promovidas na legislação trabalhista brasileira e apontadas algumas considerações sobre as principais controvérsias existentes em face das normas internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil.

Conclui-se que a apropriação pelo Poder Público da ideologia neoliberal, da existência da crise econômica e do argumento jurídico da flexibilização dos direitos trabalhistas não justificam práticas legislativas tendentes à desconsideração das normas internacionais que foram incorporadas à ordem jurídica pátria, sobretudo, aquelas que asseguram a qualidade e a lisura das relações coletivas, a organização do trabalho e o desempenho do labor em condições socialmente dignas e descentes.

Foram identificadas, neste estudo, algumas incompatibilidades entre as recentes alterações da legislação trabalhista e as convenções da OIT adotadas no ordenamento jurídico doméstico, sendo possível, ao nosso entender, o manejo de mecanismos jurídicos voltados ao controle de (in)constitucionalidade/ (in)convencionalidade dessas normas internacionais.

A despeito do atual contexto político e econômico brasileiro ser adverso à proteção dos direitos dos trabalhadores, pretendeu-se promover uma abordagem científica que estivesse realmente comprometida com o reconhecimento e efetivação dos direitos humanos provenientes das convenções da OIT e também com os direitos fundamentais sociais previstos na CF/88.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. MP 905: emendas elaboradas pela Anamatra são apresentas na Comissão Mista. **ANAMATRA**, Brasília, DF, 21 nov. 2019. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/29084-mp-905-emendas-elaboradas-pela-anamatra-sao-apresentas-na-comissao-mista?highlight=WzkwNV0=>.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- BRASIL. **Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017**. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm.
- BRASIL. **Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.
- BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 nov. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília,

DF, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 2017.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**.

Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm

BRASIL. **Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019**.

Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de**

Inconstitucionalidade 6261/DF. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 19 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5815574>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de**

Inconstitucionalidade 6265/DF. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 21 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5818351>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de**

Inconstitucionalidade 6267/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, 25 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820019>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de**

Inconstitucionalidade 6285/DF. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 12

de dezembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5833111>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 895.759/PE**. Relator: Min. Teoria Zavascki, 8 de setembro de 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310267537&ext=.pdf>.

BORGES, D. D. E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na ordem jurídica brasileira? Sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 15, n. 3, p.137-163, 2018.

COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS SOCIAIS DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Nota Técnica sobre a Medida Provisória nº 905/2019**. Brasília, DF: 2019. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/11/368c2edc-00d0-496f-a15c-33406b297a3b.pdf>.

CRIVELLI, E. **Crivelli Convida**: episódio especial MP 905. Facebook: Crivelli Advogados Associados, @crivelliadvogados, 22 nov. 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/crivelliadvogados/videos/2435495426777350/>.

DELGADO, M. G. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. DIAP elabora nota técnica sobre a controversa MP 905/19. **Agência DIAP**, 14 nov. 2019. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/29155-diap-elabora-nota-tecnica-sobre-a-controversa-mp-905-19>.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **NATLEX**: Brazil. Disponível em: <https://www.ilo.org/>.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1982.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota Técnica nº 01 sobre a Medida Provisória nº 905/2019**. Brasília, DF: MPT, 2019.

Disponível em: https://protocoloadministrativo.mpt.mp.br/processoEletronico/consultas/valida_download.php?id=4017874&ca=EGJKXJBSJT8Y68AE.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra: OIT, 1948. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Nova Iorque: ONU, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C098 – Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva**. Genebra: OIT, 1949.

Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C111 – Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação**. Genebra:

OIT, 1958. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C144 – Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho**.

Genebra: OIT, 1976. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236116/lang--pt/index.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C154 – Fomento à Negociação Coletiva**. Genebra: OIT, 1981. Disponível em:

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La libertad sindical**: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5. ed. Ginebra: OIT, 2006.

PORTO, L. V. **Temas da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)**: à luz das normas internacionais. Brasília: Gráfica Movimento, 2018.

VARELLA, M. D. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAPATA, S. R. D. A flexibilização e a “reforma trabalhista”: o negociado sobre o legislado. *In*: OLIVEIRA, C. M. de; POZZI, C. E.; GRANADO, K. (org.). **Novos Direitos**: Direitos Sociais. São Carlos: CPOI/UFSCar, 2018. p. 114-130.

ZAPATA, S. R. D. As Convenções da OIT no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Jundiaí: Paco, 2016.

A CONVENÇÃO Nº 159 DA OIT E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO NO BRASIL

ILO CONVENTION NO. 159 AND THE INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE LABOUR MARKET IN BRAZIL

Eliana dos Santos Alves Nogueira*
Gabriela Marcassa Thomaz de Aquino**

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade (Art. 1º, Declaração Universal dos Direitos do Homem).

* Doutora em Direito do Trabalho pela *Sapienza Università di Roma*. Mestre e Bacharela em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Licenciada em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Assistente de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (FCHS/UNESP). Líder do Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Direito do Trabalho Contemporâneo (RETRAB). Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Titular da 2ª Vara do Trabalho de Franca e Coordenadora do Juizado Especial da Infância e Adolescência da Justiça do Trabalho de Franca.

** Doutora e Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Pesquisadora do Núcleo de Estudos “O Trabalho além do Direito do Trabalho” e do Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Direito do Trabalho Contemporâneo (RETRAB).

INTRODUÇÃO

Em 1983, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou, em sua 69ª Conferência Internacional do Trabalho, a Convenção nº 159, que trata da reabilitação profissional e do emprego de pessoas deficientes.

A Convenção considera pessoa deficiente toda aquela cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo sejam substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental comprovada. Ela estabelece que todo País-Membro deve permitir que a pessoa com deficiência obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, bem como que se promova a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade. Além disso, prevê a necessidade da promoção de oportunidades de emprego para as pessoas com deficiência no mercado regular de trabalho.

A Convenção também frisa a necessidade da atuação das partes sociais, ao estabelecer que as organizações representativas de empregados e empregadores devem ser consultadas para aplicação das políticas que visem garantir a igualdade de oportunidades para todas as categorias de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

O Brasil ratificou a Convenção nº 159, OIT, em 18 de maio de 1990, promulgando-a em âmbito interno, por meio do Decreto nº 129/91.

É importante frisar que os trabalhadores portadores de deficiência já tinham garantida a igualdade no tocante a salário e critérios de admissão, desde a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da Constituição Federal Brasileira, conforme previsto em seu Art. 7º, XXXI. Essa proteção das pessoas com deficiência está pautada nos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, e dos valores sociais do trabalho, que são fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme previsto no Art. 1º do texto constitucional.

Em observação ao compromisso internacional assumido com a ratificação da Convenção nº 159 da OIT, na data de 24 de junho de 1991, foi publicada a Lei nº 8.213, que instituiu, em seu Art. 93, a conhecida política afirmativa de cotas para contratação de pessoas com deficiência (Brasil, 1991). Segundo referida lei, toda empresa que conte com 100 (cem) ou mais empregados, fica obrigada a contratar trabalhadores com deficiência, sendo que as empresas que contem com até 200 empregados devem contratar pelo menos 2% de trabalhadores com deficiência, de 201 a 500 empregados a cota é de 3%, de 501 a 1.000 a cota é de 4%, e acima de 1.000 trabalhadores a cota é de 5%.

Em 1999, por meio do Decreto Executivo nº 3.298, foi regulamentada no país a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, reafirmando em seu Art. 36, em relação ao acesso ao mercado de trabalho, as cotas instituídas pela Lei nº 8.213/91 (Brasil, 1999). No entanto, conforme previsto no Art. 36, § 5º do decreto, a sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas no cumprimento dessas cotas ficou à cargo do então Ministério do Trabalho e Emprego (atual Secretaria do Trabalho vinculada ao Ministério da Economia), que foi instituída apenas no ano de 2001, por meio da Instrução Normativa MTE/SIT nº 20/01.

Ainda é importante mencionar a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional, com o quórum de Emenda Constitucional, em 9 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949/2009.

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência adotou-se o entendimento de que pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, sendo que esse impedimento, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir a participação plena e efetiva dessa pessoa na sociedade em plenas condições com os demais indivíduos.

A partir da ratificação da Convenção nº 159 da OIT e à luz das disposições legais de proteção à pessoa com deficiência, que foram adotadas na sequência, o presente estudo visa analisar se existe, de fato, a efetividade das políticas públicas afirmativas, notadamente no que concerne à superação das limitações impostas pelas dificuldades oriundas das condições particulares das pessoas portadoras de deficiência, para, efetivamente, garantir igualdade de oportunidades para acesso e permanência no mercado de trabalho.

1. PANORAMA DE CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO DE INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Segundo dados do Censo Demográfico de 2010, considerando a população residente no país, 23,9% possuíam, ao menos, um tipo de deficiência (visual, auditiva, motora, mental ou intelectual), o que totalizava cerca de 45,6 milhões de pessoas (SDH/PR, 2012).

Paralelamente, a Pesquisa Nacional de Saúde de 2013, estimou que dentre os 200,6 milhões de residentes em domicílios particulares permanentes do Brasil, 6,2% apresentavam algum tipo de deficiência, totalizando cerca de 12,4 milhões de pessoas (IBGE, 2015).

Percebe-se uma discrepância entre os números alcançados nas duas pesquisas e, segundo o relatório do Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas da Coordenação Geral de Saúde da Pessoa com Deficiência, isso se deve pelo enfoque diferente das pesquisas analisadas. Enquanto no Censo de 2010, o enfoque se deu na percepção de dificuldades (enxergar, ouvir, caminhar, subir degraus), considerando as respostas de quem identificava alguma dessas dificuldades no dia a dia, na Pesquisa Nacional de Saúde o enfoque se deu na deficiência autorreferida, tendo como pergunta da pesquisa “Tem alguma deficiência” e não “Tem alguma dificuldade” (MS, 2020).

O Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas ainda identifica no relatório que um dos desafios para o Censo de 2020 é

assegurar a transposição do conceito de pessoa com deficiência, previsto na Lei nº 13.146/2015 para a coleta de dados, de modo que o levantamento de fato reflita o número de pessoas com deficiência no Brasil.

Em relação à empregabilidade das pessoas com deficiência, percebe-se um aumento contínuo, embora os números ainda continuem baixos. Segundo os dados da Relação Anual de Informações Sociais de 2018, o contingente de pessoas com deficiência empregadas totalizou 486,7 mil vínculos empregatícios, o que equivale a 1% do total. Em relação a 2017, houve uma expansão de 45,4 mil empregos, o que equivale a uma taxa de 10,3% de aumento (ME, 2018).

O relatório ainda apresenta que, embora os números ainda sejam baixos, eles estão em crescimento constante desde 2009, conforme demonstrado na tabela abaixo:

Tabela 1 – Taxa de emprego de acordo com o tipo de deficiência no Brasil

Tipo de Deficiência	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Variação Absoluta	Variação Relativa (%)
Física	157.805	166.690	174.207	170.468	181.464	192.432	200.794	204.554	212.878	230.345	17.467	8,21%
Auditiva	65.613	68.819	73.579	74.845	78.078	78.370	79.389	80.390	83.196	87.942	4.796	5,76%
Visual	14.391	17.710	21.847	26.119	33.505	39.580	46.913	53.438	62.135	74.114	12.179	19,60%
Intelectual (mental)	13.120	15.606	18.810	21.317	25.325	29.132	32.144	34.468	36.661	43.292	6.631	18,09%
Múltipla	3.506	3.845	4.144	4.669	5.490	6.108	7.087	8.287	7.657	9.162	1.655	19,66%
Reabilitado	34.158	33.343	32.704	33.311	33.928	35.105	35.907	38.684	38.812	41.651	2.839	7,31%
Total	288.593	306.013	325.291	330.296	357.797	381.322	403.255	418.521	441.339	486.756	45.417	10,29%

Fonte: Ministério da Economia (2019).

Essa tendência de aumento no cumprimento das cotas de PcD é relatada, inclusive, em pesquisa apresentada à Fundação Getúlio Vargas, onde identificava-se esse aumento, inclusive em um cenário de diminuição de vínculos empregatícios de empresas sujeitas à Lei nº 8.213/91 (Jens, 2018, p. 25-26).

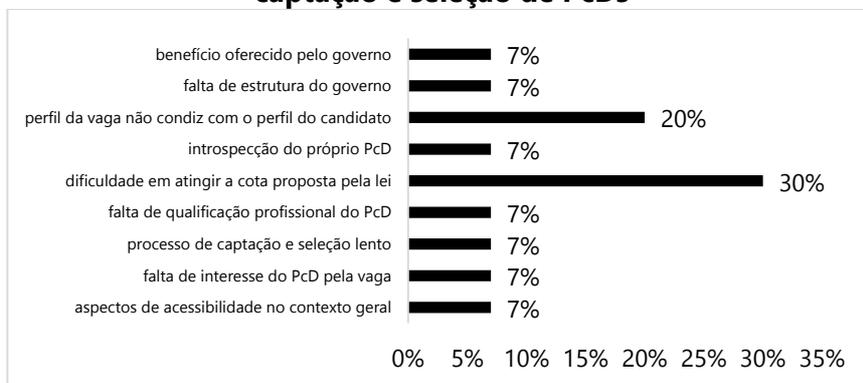
Considerando esse cenário de cumprimento de cotas de PcD que, mesmo em ascensão, ainda evidencia números totais muito abaixo do ideal, inúmeras pesquisas foram propostas a fim de compreender as dificuldades para efetiva inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

O pesquisador Victor de la Paz Richarte Martinez, em dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, buscou identificar, por meio de entrevistas, a percepção de gestores e empregados sobre o impacto da Lei das Cotas (Lei nº 8.213/91). Uma das conclusões da pesquisa, e que se apresenta como um desafio para as empresas, diz respeito a contratação de pessoas nem sempre qualificadas, visando o cumprimento da cota e evitando a penalização legal ante o descumprimento da mesma. Tal evidencia um conflito de interesses, já que, de um lado as empresas necessitam de pessoas com competências específicas para determinadas atividades dentro do público de pessoas com deficiência e, por outro lado, o contexto social, eis que a ausência de políticas públicas adequadas historicamente tem dificultado a capacitação dessas pessoas para o ingresso e permanência no trabalho (Martinez, 2008, p. 162).

Nesse mesmo sentido, pesquisa realizada no Distrito Federal com gestores de cinco empresas locais também apresentou resultados semelhantes. A maioria dos gestores identificou como principal desafio enfrentado no processo de captação e seleção de pessoas com deficiência a dificuldade de atingir a cota proposta pela lei (30%), sendo relevante a questão que envolve a dificuldade em encontrar trabalhadores com deficiência que possuam o perfil esperado para a vaga (perfil da vaga não condiz com o perfil do candidato), o que se mostrou problemático para 20% dos

entrevistados. As outras dificuldades encontradas pelos gestores podem ser visualizadas no gráfico a seguir:

Figura 1 – Principais desafios enfrentados no processo de captação e seleção de PcDs



Fonte: Conceição e Paula (2019).

Paralelamente, a pesquisa também identificou que 100% das vagas ocupadas por pessoas com deficiência, nessas empresas, estava no setor operacional, em atividades meramente administrativas, que demandam pouca capacitação, sendo que 80% dos empregados com deficiência possuíam nível médio completo e 20%, nível superior incompleto (Conceição, 2019).

Considerando que as pesquisas apontam tal dificuldade, relativa à adequada capacitação deste público-alvo, importante mencionar a Nova Política Nacional de Educação Especial, instituída pelo Decreto nº 10.502/2020, que abre margem para a instituição de escolas e classes especializadas, ou seja, espaços isolados para pessoas com deficiência, o que pode gerar um maior distanciamento das pessoas com deficiência das condições ideais para inserção adequada no mercado de trabalho, em condições de igualdade com os demais trabalhadores.

É fato que a exclusão das pessoas com deficiência da adequada capacitação escolar em sentido amplo e, profissional em sentido

estrito, se traduz em impossibilidade de inserção no mercado de trabalho.

Não se olvida da necessidade da política afirmativa que garanta a inserção no mercado de trabalho através da obrigação das empresas na contratação de tais profissionais. Contudo, a efetiva inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho necessita de políticas públicas educacionais profissionalizantes que lhes garantam condições adequadas de aquisição das competências e habilidades necessárias para o desempenho da profissão escolhida.

A Convenção nº 159 da OIT menciona, especificamente, a necessidade do esforço contínuo de cada País-Membro na formação e disponibilização de pessoal qualificado que se ocupe da orientação profissional, formação profissional, colocação e do emprego de pessoas com deficiência.

A necessária previsão e execução de políticas públicas de qualificação profissional inicial e contínua para pessoas com deficiência é essencial para que o percentual de vagas a elas destinado cumpra sua finalidade de garantir-lhes inserção no mercado de trabalho. A previsão de vagas para as pessoas com deficiência através da lei de "cotas" é apenas uma parte das ações necessárias para sua inserção no mercado de trabalho. A outra metade do caminho, que corresponde à adequada profissionalização e antecede a reserva de vaga, precisa ser pavimentada com políticas públicas adequadas.

2. A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE ITINERÁRIO FORMATIVO PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA POLÍTICA AFIRMATIVA DE COTAS

Guardadas as particularidades de cada pessoa com deficiência, é imperiosa a garantia de seu acesso e permanência no sistema regular de ensino. Na sequência, findo o período de ensino obrigatório, é preciso avançarmos na garantia de percurso

profissionalizante que lhe permita apresentar-se ao mercado de trabalho munido de preparação adequada.

Embora a legislação nacional tenha avançado na política afirmativa com o estabelecimento da contratação obrigatória de pessoas com deficiência por parte das empresas, ao menos duas observações precisam ser feitas.

A primeira, no sentido de que as cotas com obrigatoriedade de contratação apenas para empresas que possuam número de trabalhadores igual ou acima de 100, não guarda relação com a realidade empresarial brasileira, onde prevalecem as micro e pequenas empresas. Dados do SEBRAE (2016) já apontavam que em 2012, 99% dos estabelecimentos no Brasil eram compostos por Micro e Pequenas Empresas, que empregavam cerca de 52% da mão de obra formal no país, com participação de cerca de 27% no PIB.

A segunda, no sentido de que a legislação nacional não trouxe previsão de percurso de formação profissional específico para as pessoas com deficiência que, sem qualificação profissional, buscam o ingresso no mercado de trabalho. As empresas obrigadas ao cumprimento da cota, quando procuram trabalhadores com deficiência, o fazem sob a perspectiva de um empregador que busca, dentro da mão de obra disponível, trabalhadores com determinadas qualificações profissionais. Há, do ponto de vista empresarial, a expectativa de que o trabalhador que vai preencher a vaga disponibilizada, apresente-se ao local de trabalho previamente qualificado.

As dificuldades de acesso ao mercado de trabalho para as pessoas com deficiência iniciam-se já com a baixa escolaridade e, na maioria dos casos, nenhuma experiência ou formação profissional específica, notadamente para desempenho de funções de média complexidade, para as quais a formação técnica não é exigência.

A legislação nacional, através da Lei nº 10.097/2000, prevê a possibilidade da contratação da pessoa com deficiência a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz, sem limite de idade. O contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho especial, que deve ser ajustado por escrito e por prazo determinado, com o

objetivo de assegurar ao aprendiz formação técnico-profissional metódica, desde que inscrito em programa de aprendizagem, observando-se seu desenvolvimento físico, moral e psicológico. A ausência de limitação etária para a pessoa com deficiência tem como objetivo garantir-lhe acesso ao mercado de trabalho, em qualquer fase da vida, considerando sua situação peculiar de desenvolvimento.

A Lei nº 10.097/2000 também prevê política afirmativa de cotas, através da qual as empresas que possuam mais de sete empregados devem manter em seu quadro trabalhadores contratados como aprendizes, no percentual de 5% a 15%, em regra.

No entanto, é importante frisar que a cota de aprendizagem não se mescla ou substitui a cota para contratação de pessoas com deficiência.

A lei não traz previsão de formação prévia, pela empresa contratante, dos trabalhadores que se enquadrem como pessoa com deficiência.

É fato que a empresa pode optar por contratar a pessoa com deficiência como aprendiz, inserindo-a em programa de formação técnico-profissional metódica, utilizando-se para isso da especialização dos entes de aprendizagem no atendimento de aprendizes com deficiência e, após o percurso de formação previsto pelo contrato especial de aprendizagem, contratá-lo como empregado dentro da cota de PcD.

Contudo, quando a lei fixou a cota para contratação de trabalhadores com deficiência, não houve nenhuma previsão legal de adequação destes trabalhadores ao mundo do trabalho, através de percurso prévio de formação profissional, a fim de garantir-lhe o acesso em condições de igualdade, conforme preconiza a Convenção nº 159 da OIT.

A regulação do mercado de trabalho brasileiro não outorgou, às pessoas com deficiência, a atenção necessária a fim de garantir-lhe instrumentos prévios para contratação em situação de igualdade com os demais trabalhadores.

É fato que o mercado de trabalho, cada vez mais competitivo, quando disponibiliza vaga para PcD, busca encontrar profissional capacitado e apto para o exercício do trabalho. No entanto, a distância que existe entre o desejo de inserção no mercado por parte das pessoas com deficiência e a qualificação esperada para postos de trabalho disponíveis, conforme já apontado acima, evidencia a inadequação e incompletude da legislação nacional.

Garantir às pessoas com deficiência o acesso a percurso formativo profissional adequado às suas peculiaridades, se traduz em condição *sine qua non* para seu ingresso e sua permanência no mercado de trabalho.

É importante frisar que a política afirmativa de cotas para PcD no mercado de trabalho não constitui medida filantrópica. Trata-se de direito garantido à população historicamente excluída do mercado de trabalho que, conforme preconiza a Convenção nº 159 da OIT, possuem direito à participação plena na vida social.

As pessoas com deficiência, em razão de suas particularidades e em decorrência delas, possuem, por vezes, qualificações pessoais para o mercado de trabalho superiores às das demais trabalhadoras, já que, não raro, realizam determinadas tarefas com maior perfeição e concentração, a exemplo daquelas pessoas para as quais o sentido da audição é ausente e, em razão de tal fato, demonstram possibilidade de concentração e produtividade maior que os demais trabalhadores.

Os trabalhadores com deficiência não podem ser limitados em razão da deficiência que possuem ou estigmatizados em razão dela. São pessoas com características próprias, personalidade e possibilidades infinitas, como qualquer outro ser humano.

A garantia de acesso ao mercado de trabalho em igualdade de condições deve se pautar por iniciativas que visem possibilitar-lhes a aquisição das competências profissionais adequadas para o exercício laboral, com as adaptações necessárias em razão da deficiência que portam consigo.

É preciso destruir o mito segundo o qual a contratação das pessoas com deficiência insere-se dentro de medidas de filantropia

e que tais trabalhadores devem ser destinados a funções de menor complexidade e, muitas vezes, sem qualquer possibilidade de ascensão profissional.

A contratação de profissionais com deficiência deve ser entendida como política afirmativa que é, cujo objetivo é garantir que os trabalhadores nestas condições tenham garantido acesso pleno ao mercado de trabalho.

No entanto, como já indicado, o número de pessoas com deficiência no mercado de trabalho ainda é muito baixo no caso brasileiro.

As dificuldades existem tanto para trabalhadores com deficiência quanto para os empregadores. Conforme já apontado, de um lado os trabalhadores que almejam as vagas de emprego, na maior parte das vezes não possuem a qualificação adequada e, de outro, as empresas não encontram trabalhadores devidamente qualificados para ocupar os postos de trabalho disponíveis, dentro do perfil esperado.

Assim, para que a legislação seja efetiva é necessária adoção de medidas adicionais que garantam às pessoas com deficiência vencer as barreiras e limitações impostas pela ausência da adequada qualificação profissional.

A distância entre a lei e sua efetivação apenas pode ser vencida através da adoção de políticas públicas adequadas para o público-alvo, aqui constituído tanto de trabalhadores com deficiência quanto de empregadores.

Neste sentido, uma medida adequada parece ser a previsão da contratação de pessoas com deficiência com cláusula contratual que lhes garanta profissionalização adequada para o desempenho das funções para as quais o trabalhador se disponibiliza. Uma medida eficaz seria a previsão contratual de outorga de aprendizagem profissional a tais trabalhadores, adequadas à sua deficiência, quando tais trabalhadores não se apresentem com a devida qualificação profissional esperada. A inserção de cláusula de qualificação profissional, a ser outorgada pela empresa,

corresponderia à primeira etapa da contratação por prazo indeterminado.

Não se trata aqui de substituir o contrato de aprendizagem previsto na Lei nº 10.097/2000 ou de mitigá-la com intersecção entre ambas as cotas.

O objetivo desta norma seria alinhar a garantia de contratação do trabalhador com deficiência (que deve ter garantido o direito à qualificação e formação profissional) com o desejo da empresa pela mão de obra qualificada para preenchimento da vaga PcD. O contrato do trabalhador enquadrado como pessoa com deficiência contaria, quando necessário, com cláusula específica de qualificação profissional, à luz das peculiaridades de sua situação pessoal e das necessidades empresariais.

Tal período de formação inicial deveria coincidir com o período necessário para qualificação profissional do trabalhador com deficiência, prazo no qual ele ficaria obrigado a frequentar curso técnico ou profissionalizante, dependendo dos requisitos exigíveis para o desempenho da função para a qual firmou contrato de trabalho.

É importante frisar que política afirmativa neste sentido certamente se converterá em benefícios para a coletividade, eis que a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho implica no reconhecimento do pleno direito à cidadania e tem aspecto altamente positivo quanto ao seu reconhecimento no meio social e, por consequência, desonera o Estado da manutenção das políticas meramente assistenciais que, sem medidas emancipatórias, mantém tais pessoas à margem do ideal de cidadania e igualdade por tempo muito superior ao necessário para sua capacitação profissional.

É importante frisar que todo contrato de trabalho prevê a necessidade de o empregador garantir ao trabalhador o trabalho e as condições para seu desempenho e, ao empregado, cabe prestar o serviço contratado na qualidade e na quantidade exigidas. Tais obrigações, que são sinalagmáticas, apenas podem ser cumpridas se presentes as condições adequadas para seu adimplemento. Neste

caso, desobstruir as vias de acesso ao mercado de trabalho das pessoas com deficiência é obrigação que se impõe, a fim de que este possa participar de modo pleno e efetivo do mercado de trabalho.

Quanto à realização de tal política afirmativa, em que pese a possibilidade de incentivos fiscais ou desonerações para que a medida seja implementada pelos empregadores, o que dependerá de medida legislativa, não há óbice legal para sua imediata implementação por parte das empresas, diretamente ou através de negociação coletiva.

É importante observar que não se encontra nas negociações coletivas no Brasil normas de relevo que visem a criação de mecanismos alternativos que garantam a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Eis uma área que pode ser explorada por parte dos atores sociais. Cada atividade econômica pode, de acordo com suas especificidades, traçar caminhos adequados para contratação das pessoas com deficiência, prevendo, inclusive, períodos de qualificação profissional em paralelo à atuação profissional na empresa. Há, aqui, amplo espaço de atuação para a autonomia privada coletiva, excetuando-se, por óbvio, a regulamentação legal quanto à cota em si, o que é inegociável pelas partes. O que está aberto à negociação coletiva é a contratação que pode ser mesclada com períodos de formação profissional que garantam a aquisição de habilidades e competências específicas por parte do trabalhador com deficiência.

No âmbito empresarial, para além da negociação coletiva, nada obsta que as empresas criem projetos próprios que garantam a qualificação profissional das pessoas com deficiência, proporcionando-lhes a aprendizagem metódica necessária para o desenvolvimento das funções para as quais serão contratadas.

Além disso, tratando-se de cotas destinadas a empresas de médio e grande porte (a considerar o número mínimo de empregados exigível para o cumprimento das cotas de PcD), uma estratégia interessante pode ser a evolução para parcerias com entes educacionais, e, através dela, tais empresas podem buscar se beneficiar do conhecimento gerado por tais entes (centros

tecnológicos, entes de profissionalização ou universidades) através de iniciativas que visem intercâmbio de saberes. A título de exemplo, pode se pensar em projeto de intercâmbio que preveja a formação metódica de trabalhadores com deficiência em determinado ente educacional e, em troca, a abertura do ambiente empresarial a iniciativas e projetos que permitam maior participação dos estudantes de tais entes educacionais em vivências práticas no âmbito empresarial, visando incrementar a sinergia entre o mundo do trabalho e o mundo da formação escolar metódica.

Os benefícios que podem ser gerados através do uso desta via de mão dupla são reais e efetivos, considerando-se, ainda, que uma outra dificuldade real no caso brasileiro é a intersecção entre o mundo da produção de bens e serviços e o universo educacional que, por vezes, apresenta um abismo intransponível. Estreitar os laços entre os dois mundos representará, certamente, ganho de grande monta.

Criar alternativas que reduzam a distância entre a pessoa com deficiência que deseja ingressar no mercado de trabalho e a qualificação exigida para assunção dos postos de trabalho é a única saída para garantir o rompimento das barreiras que ainda impedem o pleno acesso desta população ao mundo do trabalho.

Uma sociedade embasada na desigualdade e na exclusão social está fadada ao insucesso. Trabalhadores excluídos do mercado de trabalho constituem o maior risco para qualquer sociedade que se deseje minimamente organizada. Democracia não combina com miséria.

Por fim, é preciso pontuar que as transformações do mundo do trabalho nas últimas décadas, que passaram a exigir a necessidade de constante aperfeiçoamento de trabalhadores para manutenção dos postos de trabalho e reingresso no mercado laboral, bem como adaptação contínua das empresas para permanecerem competitivas, já demonstraram que a única alternativa viável para o desenvolvimento econômico sustentável do ponto de vista do equilíbrio social continua sendo o investimento em educação,

notadamente a profissionalizante, que constitui importante porta de acesso à cidadania.

CONCLUSÃO

A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho ainda é um grande desafio a ser enfrentado pelo Brasil, o que evidencia que a Convenção nº 159 da OIT, sob a perspectiva da inserção das pessoas com deficiência de modo pleno no mercado de trabalho, ainda não encontrou terreno fértil para sua efetiva concretização.

O momento atual sinaliza que, em razão dos efeitos econômicos da Pandemia COVID-19, inúmeros empregos já foram perdidos, com reflexos diretos nas cotas para contratação de trabalhadores com deficiência, uma vez que houve sensível redução do número de trabalhadores contratados, o que impacta diretamente no cálculo das cotas.

Não se pode deixar de mencionar o Projeto de Lei nº 6.159/2019, que teria a finalidade de desobrigar as empresas da contratação das pessoas com deficiência, chegando a sugerir sua substituição pelo pagamento de uma quantia em dinheiro. Inaceitável. O projeto não foi bem recepcionado pelo legislativo brasileiro, exatamente porque representa um retrocesso inadmissível na temática.

É preciso evoluir na busca por alternativas que representem ganhos para a sociedade como um todo e que viabilizem a efetiva inserção e permanência das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

O estabelecimento de iniciativas que visem a promoção da diversidade no ambiente de trabalho, e que garantam o acesso em plenitude ao direito de trabalhar e, ao final, proporcionem enriquecimento humano e pessoal de todos os trabalhadores envolvidos no processo em condições de igualdade, constituem as únicas medidas adequadas para tornar efetiva a Convenção nº 159 da OIT no território nacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.**

Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm.

CONCEIÇÃO, G. T.; PAULA, C. de F. N. Q. de. As dificuldades encontradas por gestores de recursos humanos na captação e seleção de pessoas com deficiência. **Revista Eletrônica Cosmopolita em Ação**, v. 6, n. 1, p. 1-10, 2019. Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/Cosmopolita/article/view/829>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional de Saúde 2013**: ciclos de vida: Brasil e grandes regiões. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>.

JENS, M. M.; HIGA, S. B.; CARVALHO, S. C. de. **O desafio da implementação da Lei de Cotas em São Paulo**: o papel da secretária de Estado dos direitos da pessoa com deficiência. 2018. Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

MARTINEZ, V. de La P. R. **Gestão de diversidade e pessoas com deficiência**: percepção dos gestores e empregados sobre o impacto da lei das cotas. 2008. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) 2018**: Sumário Executivo. Brasília, DF: ME, 2019.

Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/rais2018/nacionais/3-sumario.pdf>.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Censo Demográfico de 2020 e o mapeamento das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília, DF: MS, 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/documentos/cynthia-ministerio-da-saude>.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Instrução Normativa SIT nº 20, de 26 de janeiro de 2001**. Brasília, DF: MTE, 2001.

Disponível em: http://www.editoramagister.com/doc_22020_INSTRUCAO_NOR

[MATIVA_N_20_DE_26_DE_JANEIRO_DE_2001.aspx](http://www.editoramagister.com/doc_22020_INSTRUCAO_NOR).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C159 – Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes**.

Genebra: OIT, 1983. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236165/lang--pt/index.htm.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Cartilha do Censo de 2010: Pessoas com Deficiência**.

Brasília, DF: SDH-PR/SNPD, 2012. Disponível em: <https://inclusao.enap.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido-original-eleitoral.pdf>.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS

EMPRESAS. **Pequenos negócios em números**. São Paulo: SEBRAE, 19 set. 2016. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>.

O FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL COMPULSÓRIA E A POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO COLETIVA PARA SEU DESCONTO DE TODA A CATEGORIA

THE END OF COMPULSORY TRADE UNION CONTRIBUTION AND THE POSSIBILITY OF COLLECTIVE AUTHORIZATION FOR ITS DISCOUNT FOR THE WHOLE CATEGORY

Camila Martinelli Sabongi*

Henrique Correia**

INTRODUÇÃO

A figura do sindicato possui grande destaque no Direito Coletivo do Trabalho, tendo em vista ser a base de sustentação do direito coletivo, representando os interesses da classe profissional e econômica e possibilitando que ocorram as negociações coletivas de trabalho. É através da organização sindical que os trabalhadores ganham mais força e a discrepância entre o poder negocial dos empregadores e dos empregados é reduzida.

O direito sindical vem passando por significativa mudança em virtude da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), uma vez que tal instituto modificou diversos direitos trabalhistas, dentre os quais a

* Mestra e Bacharela pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professora. Pesquisadora. Assessora Jurídica no Ministério Público do Trabalho (MPT).

** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Procurador do Trabalho. Professor.

contribuição sindical compulsória. Diante das modificações sofridas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ocorreu o fim da compulsoriedade da contribuição sindical, ou seja, não há mais a obrigatoriedade de a categoria inteira contribuir para o sindicato que a representa.

Tal mudança abalou a estrutura financeira dos sindicatos que, em resposta, criaram meios para tentar manter o fomento de suas atividades, dentre as quais a autorização coletiva, ou seja, autorização por assembleia sindical ou com previsão de autorização em cláusula resultante de negociação coletiva, para o desconto irrestrito da contribuição sindical de toda a categoria.

Diante disso, este capítulo objetiva ponderar sobre a conformidade da referida autorização coletiva com as normas nacionais e internacionais, com enfoque na Constituição Federal (CF/88), na CLT pós Reforma Trabalhista e na Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Nesse sentido, com o intuito de trazer ao leitor uma abordagem crítica e fundamentada, será abordada: a evolução histórica do direito coletivo, com intuito de demonstrar a finalidade deste ramo do direito e suas modificações ao longo do tempo até chegarmos no modelo que temos hoje no Brasil; a figura da contribuição sindical, com enfoque nas modificações que essa sofreu em virtude da Reforma trabalhista; a conformidade (ou não) da autorização coletiva, utilizada como resposta ao fim da contribuição sindical compulsória, para o desconto da contribuição sindical com o ordenamento jurídico vigente e com os preceitos internacionais insculpidos na Convenção nº 87 da OIT.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO NO BRASIL

No Brasil, o movimento sindical foi tardio em virtude de a sociedade escravocrata ter perdurado até a promulgação da Lei Áurea em 1888, unida à industrialização tardia. Assim, apenas com o trabalho livre, a industrialização, o êxodo rural e a imigração

européia é que o associativismo ganha força no Brasil nas primeiras décadas do séc. XX.

Vale ressaltar que, em 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, ocorre grande ruptura do processo do sindicalismo que se delineava no Brasil, uma vez que, na tentativa de controlar os movimentos sociais da época, tenta-se trazer para dentro do aparato estatal, os movimentos sindicais efervescentes. Os sindicatos passam a ser regidos pelo Decreto-Lei nº 19.770/1931, o qual conceitua os sindicatos como órgãos de proteção dos interesses da profissão e estabelece alguns regramentos que se protraíram ao longo do tempo, como a unicidade sindical (reconhecimento de apenas um sindicato por classe ou categoria de empregados na mesma base territorial).

Já o Decreto-Lei nº 1402/1939 trouxe a possibilidade de impor contribuições compulsórias a todos os integrantes da categoria, associados ou não à entidade (o que viria a ser conhecido popularmente como imposto sindical). Nas palavras de Pedro Sampaio Garcia (2002, p. 25):

Inserir-se, assim, em nosso sistema os institutos fundamentais do corporativismo sindical, que até hoje se mantêm: a unicidade sindical, a representação por categoria, o monopólio da representação sindical pelo sindicato único e a contribuição sindical compulsória de todos os membros da categoria. Completa-se o sistema com os mecanismos de controle sindical nas mãos do Ministério do Trabalho.

Em 1943, com a edição da CLT os referidos fundamentos do corporativismo são absorvidos e melhor sistematizados, prevendo-se, em seu Art. 511, o que são categorias econômicas, profissionais e profissionais diferenciadas, norteadas as duas primeiras pela atividade econômica preponderante do empregador, e a terceira pelas peculiaridades de certas profissões; em seu Art. 513, o monopólio de representação da categoria pelo seu sindicato; em seus Artigos 570 e seguintes, as regras rígidas de enquadramento sindical; e em seu Art. 580, a contribuição sindical obrigatória para todos os integrantes da categoria, associados ou não do sindicato.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) promove mudança na administração dos sindicatos, uma vez que prevê em seu Art. 8º o afastamento de interferência do Estado na organização sindical. Esse distanciamento entre governo e sindicato significou o reconhecimento da administração sindical como ato interno deste, sendo que a análise de mérito de sua organização só poderia ser analisada pelos seus membros. Apesar da CF/88 ter representado avanço em direção à liberdade sindical, ainda manteve resquícios corporativistas, como a unicidade sindical (Art. 8, II, CF) e a contribuição sindical obrigatória (Art. 8º, IV, CF), sentença normativa (Art. 114, § 2º, CF).

Desde então, houve pouca alteração da estrutura sindical brasileira, até a significativa mudança trazida pela Reforma Trabalhista em relação à contribuição sindical, a qual será abordada nos itens seguintes.

2. A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PRÉ E PÓS REFORMA TRABALHISTA

Como visto anteriormente, a CF/88 promoveu mudança na administração dos sindicatos, uma vez que prevê em seu Art. 8º o afastamento da interferência do Estado na organização sindical. Entretanto, apesar da CF/88 ter representado avanço em direção à liberdade sindical ampla, como prevista na Convenção nº 87 da OIT, ainda manteve resquícios corporativistas, como a unicidade sindical (Art. 8, II, CF) e a contribuição sindical (Art. 8º, IV, CF). Já a CLT previa a obrigatoriedade de todos os empregados assistirem o sindicato de sua categoria contribuindo financeiramente (contribuição sindical obrigatória).

Em resumo, a estrutura sindical, até a reforma trabalhista se embasava na contribuição de todos os empregados da categoria, os quais se beneficiavam da atuação sindical em sua totalidade, uma vez que, por força da unicidade sindical, o sindicato é obrigado a representar a categoria toda, filiados e não filiados.

Com o advento da reforma trabalhista surge a discussão sobre a nova forma de recolhimento da participação dos empregados, uma vez que a obrigatoriedade da contribuição sindical não é mais prevista na CLT, contudo a Constituição Federal não sofreu alterações, ainda prevendo a contribuição sindical e a unicidade sindical.

Antes da Reforma Trabalhista, encontrava-se nos artigos. 545, 578, 579 e 582 da CLT a denominada contribuição sindical obrigatória, ou seja, as contribuições devidas aos sindicatos por todos os trabalhadores participantes das categorias sob responsabilidade dos respectivos sindicatos:

Art. 454 Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades (Redação antiga).

Art. 578 As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do 'imposto sindical', pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo (Redação antiga).

Art. 579 O imposto sindical é devido, por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou inexistindo este na conformidade do disposto no art. 581 (Redação antiga).

Art. 582 Os empregadores são obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos sindicatos (Redação antiga).

Esse sistema sofria críticas de parcela da doutrina que entendia que a melhor maneira de se aplicar a liberdade associativa e a autonomia dos sindicatos era por meio da mudança na forma de arrecadação financeira dos sindicatos. Assim, defendia-se a adoção da contribuição facultativa e da queda da unicidade sindical como forma de possibilitar que os empregados escolhessem qual sindicato fomentar com base na avaliação da atuação e representatividade destes. A antiga redação do dispositivo da CLT se respaldava na

origem corporativista do imposto sindical e da unicidade sindical, que remonta ao Estado novo de Getúlio Vargas, características atreladas à fiscalização estatal dos sindicatos, configurando afronta à liberdade sindical plena.

Nesse sentido, diante da adoção do imposto sindical e da unicidade, o Brasil se encontrava na contramão da tendência internacional de ampliação da liberdade sindical, exteriorizada na Convenção nº 87 da OIT, cujo intuito é a promoção da liberdade sindical e ao direito de sindicalização.

A liberdade sindical é o princípio estruturante do direito coletivo do trabalho em um Estado Democrático de Direito. É pautada na democracia e no pluralismo das relações sindicais. De acordo com esse princípio, o Estado não pode intervir ou interferir na entidade sindical. O sindicato é, portanto, livre quanto a sua fundação, organização e filiação (Correia, 2019).

Para alcançar o referido princípio, a Convenção em comento prevê, dentre outros, os seguintes preceitos:

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. 3º, item 2 As autoridades públicas deverão abster-se de qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou entravar o seu exercício legal.

Do princípio da liberdade sindical entendem-se derivados três subprincípios: o subprincípio da liberdade de fundação ou criação de sindicato; o subprincípio da liberdade de administração ou organização; e o subprincípio da liberdade da filiação (Correia, 2019).

A liberdade de filiação é a manifestação da liberdade sindical individual que consiste na participação do indivíduo nas atividades dos sindicatos. Pode se manifestar em dois aspectos: o positivo – o direito de se filiar à entidade e permanecer filiado – e o negativo – o direito de se retirar ou de não se filiar.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 (CF) assumiu papel importante na implementação desse subprincípio,

uma vez que assegurou a liberdade plena de associação para fins lícitos em rol de direitos individuais e, expressamente, a liberdade de associação sindical, no capítulo de direitos sociais dos trabalhadores:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

[...]

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.

Todavia, a contribuição sindical compulsória afrontava diretamente a liberdade sindical, mais especificamente seu subprincípio da liberdade de associação, uma vez que mesmo escolhendo não se sindicalizar, o empregado arcaria com o ônus contributivo de fomento da atividade sindical.

Com a vigência da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), a partir de 11 de novembro de 2017, modificou-se a lógica de obrigatoriedade do desconto sindical anual, e, a partir de então, não se pode mais realizar a dedução, sem autorização expressa e prévia do empregado, como se depreende da leitura dos Artigos 545, 578, 579 e 582, todos da CLT (grifos nossos):

Art. 545 Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, **desde que por eles devidamente autorizados**, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

Art. 578 As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de

contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, **desde que prévia e expressamente autorizadas.**

Art. 579 O desconto da contribuição sindical **está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional**, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

Art. 582 Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados **que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.**

Verifica-se pela análise dos dispositivos, que a Reforma Trabalhista não revogou a contribuição sindical, uma vez que os artigos referentes à sua cobrança e destinação permanecem vigentes. Todavia, a sistemática de cobrança e a coercibilidade sofreram alterações, uma vez que, a partir da vigência do texto reformista, a obrigatoriedade contributiva somente será aplicada caso haja prévia e expressa autorização dos integrantes das categorias profissionais, econômicas e de profissionais liberais. Portanto, a Reforma Trabalhista tornou facultativa a contribuição sindical.

Repisa-se que a Constituição Federal não sofreu alterações, ou seja, ainda há a previsão constitucional da unicidade sindical (Art. 8, II, CF) e da contribuição sindical (Art. 8º, IV, CF). Diante disso, a mudança promovida na CLT não extingue a contribuição sindical, mas apenas modifica sua forma de recolhimento e a extensão de sua obrigatoriedade.

Assim, observa-se que, com o fim da coercibilidade de contribuição, o Brasil se aproximou dos ditames internacionais sobre Liberdade Sindical, com enfoque na Convenção nº 87 da OIT. Entretanto, não se pode afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro promove uma Liberdade Sindical ampla, tendo em vista que a Unicidade Sindical ainda se encontra vigente, não havendo, portanto, liberdade na escolha do sindicato representante por parte dos trabalhadores.

Crucial ressalvar a situação dos empregados filiados ao sindicato, não havendo impedimentos ao desconto de contribuições sindicais devido à sua posição como associado. Nesse sentido, cita-se, a título de exemplo, a Súmula Vinculante nº 40 do Supremo Tribunal Federal (STF): “A contribuição confederativa de que trata o Art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

Todavia, diante da proporção de empregados filiados no país ser limitada a 16,2% em 2016, o que corresponde a 17,3 milhões de pessoas (Campos, 2016), ou seja, a maioria dos empregados não ser filiada aos sindicatos, surge a discussão sobre a contribuição dos não filiados, tendo em vista que estes representam relevante parcela da antiga receita oriunda da contribuição sindical obrigatória.

Assim, a cerne da questão repousa no desconto estipulado aos não associados do sindicato, uma vez que a Reforma Trabalhista não promoveu a Liberdade Sindical plena, apenas retirando a obrigatoriedade na contribuição sindical e mantendo a obrigação do sindicato em representar toda a categoria, filiados e não filiados, em decorrência da unicidade sindical. Nesse sentido, a anomalia que se instaura resulta no seguinte impasse: os empregados não filiados ao sindicato não são obrigados legalmente a contribuir, contudo, em decorrência da unicidade sindical que ainda está vigente, são beneficiados pela atuação do sindicato independentemente de contribuírem para este.

3. A RESPOSTA DOS SINDICATOS AO FIM DA CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA: A AUTORIZAÇÃO COLETIVA DO DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

É incontestável a incongruência da situação do direito sindical atual: revogou-se a compulsoriedade da contribuição sindical, aproximando-se do princípio da liberdade sindical, contudo manteve-se a unicidade sindical, resquício do corporativismo da Era Vargas. Nesse sentido, o sindicato não pode obrigar os empregados a fomentar sua atividade sem prévia e expressa autorização, mas é

obrigado a representar a categoria em sua totalidade, o que desvaloriza a atuação do ente sindical.

Como resposta a tal impasse, alguns sindicatos passaram a sustentar a possibilidade de o desconto da contribuição sindical ser autorizado por assembleia regularmente convocada para essa finalidade, aberta à participação dos não filiados, e assegurando o direito de oposição individual, prevendo-se tal desconto nas negociações coletivas. Tal prática busca fundamentação no fato de a CLT pós reforma apenas prever que o desconto deve ser autorizado de forma prévia e expressa, silenciando sobre a necessidade de ser também individual.

Primeiramente, importante repisar que a cobrança indiscriminada realizada pelo sindicato de toda a categoria, sem qualquer autorização, afronta os novos dispositivos legais. Nesse sentido, quando se fala em contribuição de empregados não associados, há a necessidade da anuência prévia e expressa ao desconto, impossibilitando a cobrança automática já na folha de pagamento acordado entre sindicato e empresa (Acordo Coletivo de Trabalho) ou sindicato da categoria e sindicato econômico (Convenção Coletiva de Trabalho).

A discussão está no fato de haver autorização de modo coletivo, ao dispor em cláusulas de negociações coletivas a contribuição sindical irrestrita e alegando que a manifestação coletiva da categoria em assembleia já valeria como autorização prévia e expressa. Ou seja, o impasse encontra-se na possibilidade (ou não) de se substituir a anuência de cada um dos trabalhadores por uma só autorização da assembleia sindical, com previsão em negociação coletiva.

Tal prática divide opiniões. De um lado, encontram-se vozes que defendem a licitude da autorização coletiva para o desconto das contribuições sindicais mediante assembleia geral nos termos do estatuto, subordinada a condição de ser obtida mediante a comprovada convocação de toda a categoria.

Nesse sentido é o entendimento exteriorizado no enunciado 38 elaborado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do

Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA, 2018), em 2017, pós-reforma trabalhista:

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL I. É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização. II. A decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho. III. O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o caput do Art. 8º da Constituição Federal e com o Art. 1º da Convenção 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.

Inclusive, vale citar o entendimento exteriorizado pelos enunciados nº 17 e 47 do mesmo evento, os quais ainda defendem que a própria mudança no Art. 579 da CLT, que resultou na previsão de que o desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, padece de inconstitucionalidade, uma vez que não foi feito por lei complementar:

17. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. NATUREZA JURÍDICA PARAFISCAL É inconstitucional a exigência de autorização prévia e expressa dos empregados, trabalhadores avulsos, agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais, inserida nos Artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT pela Lei ordinária 13.467/2017, porque altera o caráter tributário da contribuição sindical, em flagrante ofensa aos Art. 8º, IV, 146, III da Constituição Federal e ao Art. 149 do Código Tributário Nacional, que se equipara a Lei Complementar.

47. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA SUA ALTERAÇÃO A contribuição sindical legal (Art. 579 da CLT) possui natureza jurídica tributária, conforme consignado no Art. 8º c/c Art. 149 do CTN, tratando-se de contribuição parafiscal. Padece de vício de origem a alteração do Art. 579 da CLT por Lei ordinária (Reforma Trabalhista), uma vez que somente Lei complementar poderá ensejar sua alteração.

Vale lembrar que tais enunciados formulados no evento da ANAMATRA não possuem efeito vinculante, sendo apenas um indício do posicionamento da magistratura trabalhista em um dado momento histórico, diante de estudos interpretativos feitos no citado evento.

Corroborando com tal entendimento, encontra-se, ainda, a Nota Técnica nº 02 da Coordenadoria Nacional da Promoção da Liberdade Sindical (CONALIS), de 2018, a qual manifesta o entendimento do referido órgão do Ministério Público do Trabalho (MPT), destinado ao estudo de temas relacionados à liberdade sindical, no sentido de entender que a autorização prévia e expressa exigida pela lei para desconto em folha da contribuição devida ao sindicato poderá ser tanto coletiva, quanto individual, nos termos deliberados em assembleia convocada pelo sindicato, assegurada a participação de todos os integrantes da categoria, associados ou não associados. Todavia, a referida nota técnica estipula a necessidade de que haja direito de oposição assegurado aos não filiados em prazo razoável. Vale ressaltar que, assim como os enunciados da ANAMATRA, as notas técnicas da CONALIS não possuem efeito vinculante perante os membros do MPT, sendo apenas uma sugestão de entendimento.

Destaca-se, por fim, que no dia 28/11/2018 a Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPT aprovou Enunciado nº 24 que reforça o posicionamento adotado pela CONALIS na Nota Técnica nº 02/2018 e autoriza o desconto da contribuição sindical prevista em Assembleia Geral da categoria, sempre garantido o direito de oposição dos trabalhadores.

Por outro lado, encontram-se estudiosos e aplicadores do direito que entendem que a contribuição só poderia ser recolhida caso o empregado anísse ao desconto de forma prévia, expressa e individual. Os presentes autores filiam-se a essa corrente.

Tal entendimento encontra fundamento no fato da contribuição compulsória ser resquício corporativista e configurar afronta ao Princípio da Liberdade Sindical, à proteção constitucional de livre associação e desassociação e à Convenção nº 87 da OIT.

Nesse sentido, em 29/06/2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no julgamento da ADI nº 5794, de relatoria do Ministro Edson Fachin, pela constitucionalidade dos dispositivos da Reforma Trabalhista que extinguiram a obrigatoriedade da contribuição sindical, respaldando o entendimento de que a autorização do empregado deve ser individual, prévia e expressa para o desconto da contribuição sindical em folha de pagamento.

Ainda, o Ministro Luís Roberto Barroso, proferiu decisão monocrática no dia 25/06/2019, determinando que a substituição da autorização prévia e expressa do empregado por aprovação de assembleia geral de sindicato viola, aparentemente, a autoridade da decisão do STF na ADI 5.794:

Direito constitucional e do trabalho. Medida cautelar em reclamação. Contribuição sindical. Autorização do empregado.

1. Aparentemente, viola a autoridade da decisão do STF na ADI 5.794, red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, decisão que afirma que a autorização prévia e expressa de empregado para cobrança de contribuição sindical pode ser substituída por aprovação de assembleia geral de sindicato.

2. Medida cautelar deferida. (Medida Cautelar na Reclamação nº 35540, de Relatoria do Min. Roberto Barroso, Data de julgamento: 25/06/2019).

Além disso, é importante destacar o entendimento jurisprudencial acerca do tema, tendo como exemplo o entendimento do STF de que a cobrança de contribuição assistencial criada por acordo, convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa a empregados não sindicalizados é inconstitucional:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Acordos e convenções coletivas de trabalho. Imposição de contribuições assistenciais compulsórias descontadas de empregados não filiados ao sindicato respectivo. Impossibilidade. Natureza não tributária da contribuição. Violação ao princípio da legalidade tributária. Precedentes. 3. Recurso extraordinário não provido. Reafirmação de jurisprudência da Corte. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. (Recurso Extraordinário com

Agravo 1.018.459/PR – Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 23/02/2017).

Em conclusão exposta sobre o referido julgado, o Ministro Gilmar Mendes manifesta-se pela inconstitucionalidade da instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados:

Ante todo exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que é inconstitucional a instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados. (TST. Recurso Extraordinário com Agravo 1.018.459/PR – Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 23/02/2017).

Apesar do STF ter exteriorizado entendimento favorável aos preceitos legais da Reforma Trabalhista que impedem o recolhimento da contribuição sindical de forma irrestrita de não filiados sem prévia e expressa autorização individual, o tema ainda não se encontra sedimentado, sendo motivo de muita discussão em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista causou grandes mudanças na área trabalhista e dentre elas se encontra a revogação da compulsoriedade da contribuição sindical. Tal mudança trouxe questionamentos sobre o futuro dos sindicatos, tendo em vista que estes teriam expressiva diminuição na arrecadação, uma vez que a filiação dos trabalhadores brasileiros não é expressiva.

Com o fim da contribuição compulsória, a lei prevê a necessidade de autorização prévia e expressa para que a contribuição seja recolhida. Nesse sentido, tendo em vista que o texto reformista não explicitou se a anuência deveria ser individual,

muitos sindicatos, com a finalidade de manter a receita do sindicato, tentaram se utilizar da autorização coletiva.

De um lado, há defensores da prática da autorização coletiva, com desconto de toda a categoria, o que indiscutivelmente beneficiaria o fomento sindical. Todavia, há estudiosos e aplicadores do direito que entendem que a contribuição só poderia ser recolhida caso o empregado anuísse ao desconto de forma prévia, expressa e individual.

Apesar de haver fundamentos robustos que respaldam a possibilidade da autorização coletiva, os presentes autores entendem que tal prática tem validade jurídica apenas para os filiados, uma vez que estes escolheram livremente se submeter ao regimento do sindicato e à representação deste. Não haveria, portanto, submissão dos não filiados a tal autorização coletiva, uma vez que estes não são obrigados legalmente a contribuir.

Tal entendimento encontra fundamento no fato de a contribuição compulsória ser resquício corporativista e configurar afronta ao Princípio da Liberdade Sindical, à proteção constitucional de livre associação e desassociação e à Convenção nº 87 da OIT. Ainda, essa corrente respalda-se em decisão do STF na ADI nº 5794, de relatoria do Ministro Edson Fachin, pela constitucionalidade dos dispositivos da Reforma Trabalhista que extinguiram a obrigatoriedade da contribuição sindical.

É incontestável a incongruência da situação do direito sindical atual, o qual relega o ônus de representar uma categoria inteira ao sindicato, de forma indiscriminada, mas revoga a obrigatoriedade da contribuição sindical, sua fonte de custeio. Dessa forma, por um lado o Direito Coletivo brasileiro se aproxima do princípio da liberdade sindical, mas por outro ainda possui amarras, como é a unicidade sindical, resquício do corporativismo da Era Vargas.

Nessa senda, o sindicato não pode obrigar os empregados a fomentar sua atividade, mas é obrigado a representar a categoria em sua totalidade, o que desvaloriza a atuação do ente sindical, uma vez que o empregado não vê vantagens em contribuir para o fomento e

crescimento da atividade sindical, já possuindo as vantagens dessa atuação contribuindo ou não.

Assim, não há como negar que a Reforma Trabalhista impactou drasticamente a estrutura sindical brasileira. Contudo, conclui-se que, mesmo diante da legítima luta dos sindicatos por manterem suas portas abertas, diante do indiscutível impacto econômico que a Reforma Trabalhista os causou, o desconto coletivo não deve ser utilizado pelos sindicatos, diante da evidente afronta ao ordenamento jurídico e aos Direitos sociais dos trabalhadores, com enfoque na liberdade sindical, fundamentada em normas nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Z. Verás que um filho teu não foge à luta. Belo Horizonte: LTM, 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Reforma Trabalhista: Enunciados Aprovados: 2ª** Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017): XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Conamat (2018). Brasília, DF: ANAMATRA, 2018. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp?ComissaoSel=2>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931**. Regula a sindicalização das classes patronais e operárias e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 mar. 1931. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D19770.htm.

BRASIL. **Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939**. Regula a associação em sindicato. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 jul. 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1402.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>.

CAMPOS, A. G. Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo? *In*: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA.

Texto para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2016. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7353/1/td_2262.pdf.

CORREIA, H. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GARCIA, P. C. S. **O sindicato e o processo**: a coletivização do processo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical. **Nota Técnica nº 02, de 26 de outubro de 2018**. Contribuição Estabelecida em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho. Brasília, DF: MPT, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mpt-publica-nota-afronta-reforma.pdf>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C087 – Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização. Genebra: OIT, 1948.

TRABALHO INFANTIL: CONTROVÉRSIA SOBRE LIMITES DE IDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

CHILD LABOUR: THE CONTROVERSY OVER THE AGE LIMITS OF THE BRAZILIAN LEGISLATION

Homero Batista Mateus da Silva*
Gianítalo Germani**

INTRODUÇÃO

Citando Mario de La Cueva, Nascimento (2005, p. 924) considera a preocupação com a limitação das condições de trabalho adversas dos menores, a partir especialmente da Revolução Industrial, o ato inicial do direito do trabalho.

No Brasil, desde o Código de Menores de 1927, prevendo a idade mínima de 12 anos, o tema recebeu sucessivas atualizações.

Atualmente, à pergunta “qual a idade mínima para o trabalho no Brasil?”, aparentemente temos uma resposta simples no texto da Constituição da República (Brasil, 1988):

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

* Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

** Mestre em Direitos Humanos e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de **qualquer trabalho a menores de dezesseis anos**, salvo na condição de **aprendiz, a partir de quatorze anos**. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

A certeza se perde quando confrontada essa norma constitucional com a legislação internacional do trabalho e mesmo com a legislação nacional que trata do desenvolvimento educacional das crianças e adolescentes.¹

A Organização Internacional do Trabalho considera que o trabalho juvenil:

[...] é ilegal e priva crianças e adolescentes de uma infância normal, impedindo-os não só de frequentar a escola e estudar normalmente, mas também de desenvolver de maneira saudável todas as suas capacidades e habilidades. Antes de tudo, o trabalho infantil é uma grave violação dos direitos humanos e dos direitos e princípios fundamentais no trabalho, representando uma das principais antíteses do trabalho decente.

Na mesma toada, afirma que “a maior concentração de trabalho infantil está na faixa etária de 14 a 17 anos (83,7%)”, parecendo incluir todos os menores de 18 anos no rol das vítimas de violação de direitos humanos pelo trabalho precoce.

A lei básica brasileira da educação nacional, Lei nº 9.394, de 1996 (Brasil, 1996), acrescenta um ingrediente importante ao definir o que seja a **educação básica obrigatória** (dos quatro aos dezessete anos), conceito que, veremos adiante, também está na normativa da OIT.

De certo é que a falta de resposta simples e clara é constrangedora, especialmente porque a norma é lidada pelos

¹ A legislação não uniformiza a nomenclatura. Para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), é *criança* de 0 a 12 anos incompletos e *adolescente* de 12 a 18 anos incompletos. A Emenda nº 65, de 2010, sedimentou na Constituição a palavra *jovem* (Brasil, 1988), expressão o que para o Estatuto da Juventude se estende dos 15 aos 29 anos (Brasil, 2013). Haveria, então, uma categoria híbrida – *jovem adolescente* – dos 15 aos 18 anos incompletos. Em direito internacional, “criança designa a toda pessoa menor de 18 anos” (OIT, 1973). A Consolidação das Leis do Trabalho, tratando apenas do trabalho profissional ou de aprendizado, denomina *menor* o trabalhador de 14 a 18 anos (Brasil, 1943).

juristas, mas não se destina a eles somente, senão, principalmente, a todos os cidadãos – na questão do trabalho infantil, especialmente aos cuidadores, ensinadores, empregadores e quem quer que assuma a tarefa essencial de velar pelo desenvolvimento infantil, inclusive através do trabalho, sempre que este não for um impeditivo daquele.

No presente texto, então, indagamos: qual a idade mínima a ser considerada pelo cuidador ou empregador brasileiro para permitir o trabalho do menor de 18 anos?

Trabalhamos com a hipótese de que a resposta não advém somente do texto da Constituição, senão, em sede protetiva, da combinação dele com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e com a legislação nacional sobre desenvolvimento educacional obrigatório.

Como metodologia de busca da resposta, efetuamos pesquisa bibliográfica e busca exploratória da legislação nacional e internacional, comparando-as.

1. A IDADE MÍNIMA SEGUNDO OS STANDARDS INTERNACIONAIS

A Convenção nº 138 da OIT, adotada em 1973 e ratificada pelo Brasil em 2001, é o tratado que regra, de forma ampla, as idades mínimas para o trabalho. Ela diz:

Art. 2º

1. Todo País-Membro que ratificar esta Convenção especificará, em declaração anexa à ratificação, uma idade mínima para admissão a emprego ou trabalho em seu território e nos meios de transporte registrados em seu território; ressalvado o disposto nos Artigos 4º e 8º desta Convenção, nenhuma pessoa com idade inferior a essa idade será admitida a emprego ou trabalho em qualquer ocupação.

[...]

3. A idade mínima fixada nos termos do parágrafo 1 deste Artigo não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória ou, em qualquer hipótese, não inferior a **quinze anos** (OIT, 1973).

Ora, se “a idade mínima [...] não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória”, então o Brasil não poderia conviver com a idade trabalhista de 16 anos (Art. 7º, XXIX, redação dada pela EC 20/1998) e com a idade do ensino obrigatório de 17 anos (Art. 208, I, redação dada pela EC 59/2009).

É verdade que a Convenção nº 138 abre exceções ao limite mínimo de 15 anos, que passam a ser analisadas abaixo, mas isso em nada alivia o peso da contradição entre os 16 anos do Art. 7º e os 17 anos do Art. 208.

1.1 Exceção a determinadas categorias

Em seus Artigos 4º e 5º, a Convenção nº 138 abre a possibilidade de o país conveniente, por conta de seu estágio de desenvolvimento ou peculiaridades que declarar, excepcionar determinadas categorias:

Art. 4º - 1. A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores de trabalhadores concernentes, se as houver, poderá, na medida do necessário, excluir da aplicação desta Convenção um limitado número de categorias de emprego ou trabalho a respeito das quais se levantarem reais e especiais problemas de aplicação.

Art. 5º - 1. O País-Membro, cuja economia e condições administrativas não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores, se as houver, limitar inicialmente o alcance de aplicação desta Convenção.

Aqui se trata de limites em tipos abertos, sem fixação em números.

1.2 Exceção por conta do estágio de desenvolvimento do país

No parágrafo 4º do seu Art. 2º, a Convenção diz:

4. Não obstante o disposto no parágrafo 3 deste Artigo, o País-Membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente

desenvolvidas, poderá, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, definir, inicialmente, uma idade mínima de **quatorze anos**.

Aqui temos um novo número, 14.

1.3 Exceção à aprendizagem

A Convenção nº 138 também excepciona do seu campo de aplicação o trabalho de menores de 18 anos vinculado a educação vocacional ou técnica, integrante de curso de educação ou treinamento, o que no Brasil definimos como *aprendizagem*.

Nessa linha é o texto da nossa Constituição de 1988, acima transcrito, tratando do trabalho-formação do aprendiz a partir dos 14 anos.

1.4 Exceção aos serviços leves

Em seu Art. 7º, a norma internacional abre a possibilidade de a legislação nacional “permitir o emprego ou trabalho a pessoas entre treze e quinze anos em serviços leves” que não impactem de forma ampla a saúde e o desenvolvimento do menor.

Aqui o piso baixou para 13.

Abrimos um parêntese para notar que o conceito de “serviços leves” é mais facilmente identificável na distinção que a língua inglesa faz entre *work* e *labour*, o primeiro para dizer dos trabalhos leves e educacionais (donde a expressão *homework* para o dever de casa das crianças) e o segundo – *labour* – para o sentido físico da expressão.

Não há essa distinção na língua portuguesa, assim como não há na jurisdição brasileira, dado que a legislação nacional não abre espaço para um terceiro gênero – menor entre 13 e 15 anos que faça serviços leves. Ou é aprendiz, a partir dos 14 anos, ou é trabalhador comum, desde os 16 anos, ainda que menor.

1.5 As piores formas de trabalho infantil

Outra forma de se procurar o padrão internacional de idade mínima para o trabalho é alterar-se do filtro da *permissão* para o filtro da *proibição*. Diz a Convenção nº 138:

Art. 3º - 1. Não será inferior a **dezoito anos** a idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstâncias em que for executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem.

A norma deve ser lida em par com a Convenção nº 182 (OIT, 1999), a qual trata das piores formas de trabalho infantil. Celebrada pela OIT recentemente como a primeira convenção de todos os *standards* laborais a obter ratificação universal,² a C182 foi ratificada pelo Brasil, curiosamente, antes da C138.

No Brasil, ela é regulamentada desde 2008, pelo Decreto nº 6.481 – Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, ou lista TIP –, com 93 atividades vedadas aos menores (Brasil, 2008).

1.6 Suma da legislação internacional

A Convenção nº 138, bem se vê, desprende-se de cravar uma idade mínima com pretensão universalizante.

Diz não menos de 15, o que pode se tornar 14 quando se tratar de país em desenvolvimento, mas também pode se tornar 13 em se tratando de serviços *leves*, em tipo propositalmente aberto.

Ademais, veda aos menores de 18 anos o que chama de piores formas de trabalho infantil.

Mas, como regra de calibragem, determina que todo país, ao estabelecer suas idades mínimas para o trabalho, zele para que haja a inserção ao mercado de trabalho sem solução de continuidade e sem passagem traumática, ou seja, que a idade máxima da

² O último Estado faltante, o reino polinésio de Tonga, depositou seus instrumentos de ratificação em 04/08/2020.

escolaridade obrigatória seja compatível com a idade mínima para o trabalho regular.

Ao dispor que o jovem deve estudar até os 17 anos, mas ao mesmo tempo pode trabalhar desde os 16 anos, a legislação brasileira descumpra o compromisso firmado pelo Art. 2º, item 3, da Convenção nº 138 da OIT, sendo bastante tormentosa a questão sobre as consequências práticas e teóricas dessa colisão.

2. A IDADE MÍNIMA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UMA ANTINOMIA CONSTITUCIONAL?

No Brasil, quase todos os dispositivos sobre trabalho juvenil são leis tipicamente trabalhistas, em nível constitucional ou infraconstitucional, e apontam, no plano da jurisdição, para a competência da Justiça do Trabalho para resolver as questões atinentes à relação de trabalho infantil, com uma exceção sonora: o alvará para liberação de trabalho infantil é majoritariamente reconhecido como de competência da Justiça comum (Garcia, 2014, p. 1072).

Essa exceção não é um mero detalhe: se antes da proliferação do uso das redes sociais já era comum a participação infantil em produções de cinema, teatro e televisão, atualmente é notória a existência de canais de vídeos pela *internet* feitos por e para crianças, com seguidores e visualizadores registrados na casa dos milhões, com presumível benefício financeiro para a família – uma realidade atrás da qual o Direito do Trabalho (e o Direito em geral, se considerada a competência da Justiça Estadual) ainda está por correr.

A participação infantil em produções artísticas é entendida não como *trabalho*, mas como *atividade* artística (Garcia, 2014, p. 1073; Nascimento, 2005, p. 928), por isso excepcionada das restrições de idade mínima.

De certo é que, ressalvada a competência da Justiça Comum para autorização quanto às *atividades*, para o *trabalho* do menor vigora o já citado dispositivo constitucional, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, estabelecendo a idade mínima para o trabalho em 16 anos, ressalvado o aprendiz desde os 14.

Agora atentemos à redação do Art. 2º, parágrafo 3º, da Convenção nº 138, acima transcrito, estabelecendo, entre outras ressalvas dirigidas às peculiaridades do país conveniente, que a idade mínima não pode ser inferior à **idade de conclusão da escolaridade obrigatória**.

Qual a escolaridade obrigatória no Brasil?

Nossa Constituição estabelece, como diretriz geral, que “A **educação básica** pública atenderá prioritariamente ao ensino regular” (Brasil, 1988, Art. 211, parágrafo 5º), e no Capítulo e Seção próprios da educação diz, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009 (Brasil, 1988; 2009):

Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - **educação básica obrigatória** e gratuita **dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos** de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

A Lei nº 9.394, de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN), em seu Art. 4º (Brasil, 1996), repete a redação da Constituição e especifica:

O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio;

A Educação Básica abarca os níveis de ensino pré-escolar, fundamental e médio.

Se o ensino básico é obrigatório até os 17 anos de idade, a Emenda Constitucional nº 20, ao autorizar o trabalho profissional a partir dos 16 anos, seria ela própria inconstitucional? Ou, ao revés, seria a Convenção nº 138 da OIT incompatível com a nossa Constituição? Estaria o texto da Convenção revelando uma antinomia constitucional latente?

Vemos alguns caminhos para o enfrentamento do problema.

O primeiro deles é considerar que a Emenda Constitucional nº 59, ao fixar a **educação básica obrigatória** até os 17 anos, revogou tacitamente a Emenda Constitucional nº 20 e, portanto, elevou o patamar para 17.

Essa solução prestigia perfeitamente o *standard* da Convenção nº 138 e, ainda que seja admissível no plano acadêmico e na busca do incremento da proteção juvenil, apresenta dois inconvenientes bastante relevantes:

- (i) demanda a ideia da revogação tácita da EC nº 20 e;
- (ii) vai de encontro à realidade nacional de existência, em regra sem contestação por parte das instituições, de uma plethora de contratos de trabalho de jovens a partir dos 16 anos.

O segundo caminho é admitir-se a coexistência pacífica das Emendas nº 20 e 59, de forma que a idade para o trabalho seja 16, desde que o jovem tenha terminado o ensino médio, em uma solução que demanda a superação do texto da norma constitucional e, ainda assim, parcial acolhimento da norma no plano internacional.

O terceiro dos caminhos possíveis é a admissão de um ilícito internacional: igualmente coexistem pacificamente as Emendas nº 20 e 59 e, por isso, pode haver trabalho a partir dos 16 anos com obrigatoriedade do ensino até os 17 – o jovem que trabalhar aos 16 anos há necessariamente de estudar até completar 17.

Aqui novamente não se estará a cumprir de todo o tratado internacional em prol da harmonia das normas constitucionais.

O quarto caminho pressupõe desviar o olhar da legislação do trabalho em direção à do ensino: o Art. 208 da Constituição não é explícito sobre a *obrigatoriedade* do ensino médio. Ao inciso I, transcrito acima, o Art. 208 adiciona, como forma de efetivação do dever do Estado com a educação, “progressiva universalização do ensino médio gratuito”. A universalização diria respeito menos à obrigatoriedade do curso e mais à cobertura do ensino no nível médio, senão a obrigatoriedade da oferta de vagas pelos Estados em vez da obrigatoriedade de frequência.

Essa trilha, enfim, pressupõe considerar-se obrigatório somente o ensino fundamental, ao passo que a evolução legislativa traduzida na leitura conjunta da Constituição (desde a redação dada pela Emenda nº 59), com a LDBEN não permite mais essa redução.

Parece-nos, sobretudo, que nenhum desses caminhos é sensivelmente mais iluminado que os demais.

A normativa da OIT, não sem críticas, abre exceções significativas ao limite-regra de 15 anos para os países que declararem excepcionalidade por conta do estágio de desenvolvimento de sua economia e condições de ensino (ouvidas, decerto, as organizações de empregadores e de trabalhadores).

A realidade nacional nada autoriza que se coloque o Brasil acima dessa excepcionalidade e, se é de realidade que se trata, lembramos que a contratação de trabalho e emprego a partir dos 16 anos é, hoje, cotidianamente aceita no País.

O Brasil parece já ter optado pelo ilícito internacional, a saber, fixar a promessa de que não adotará idade trabalhista abaixo da idade do ensino obrigatório (Art. da Convenção nº 138) e ao mesmo tempo estabelecer o ensino compulsório dos 4 aos 17 anos (EC nº 58), facultando-se o trabalho desde os 16 (EC nº 20).

CONCLUSÃO

A idade mínima para o trabalho encontra patamares diversos a partir da leitura da Constituição da República de 1988, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e dos *standards* estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho e ratificados pelo Brasil.

Cruzando-se esses patamares, revela-se aparentemente uma antinomia constitucional na fixação do mínimo de 16 anos para o trabalho (salvo o do aprendiz) e, em paralelo, no estabelecimento da educação básica obrigatória até os 17 anos, e, ainda, com o compromisso internacional de não admitir acesso ao mercado de trabalho enquanto perdurar o currículo obrigatório mínimo.

Há diversos caminhos de enfrentamento do problema, seja prestigiando-se mais os tratados internacionais que o texto da Constituição, seja desprestigiando-se a normativa internacional com harmonização das emendas constitucionais.

A realidade brasileira abraça, atualmente, e aparentemente com tranquilidade institucional, a ideia de descumprimento parcial da norma internacional ratificada em 2001 (Convenção nº 138 da OIT), numa espécie de primazia das normas internas sobre as normais internacionais, conquanto estas tenham sido regularmente ratificadas e incorporadas ao ordenamento local.

Essa tranquilidade leva a crer que o incremento da proteção juvenil – que entendemos representado pelo aumento da idade mínima para 17 anos – não mais que repousa no plano do *dever ser* e representa um ainda mais um exemplo de normas brasileiras que, apesar de estarem formalmente vigentes e em vigor, não se concretizam nem induzem o comportamento dos agentes públicos e privados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**.

Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 nov. 2019. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm.

BRASIL. **Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008**. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jun. 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm.

BRASIL. **Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018**.

Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática do lactente, da criança e do adolescente e do aprendiz, e sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente e os programas federais da criança e do adolescente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 nov. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9579.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013**. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: Forense, 2014.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C138 – Idade Mínima para Admissão**. Genebra: OIT, 1973. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235872/lang--pt/index.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C182 – Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação**. Genebra: OIT, 1999. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Temas: Trabalho Infantil**. Brasília, DF: OIT. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.



A presente obra foi realizada com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) – Processo nº 0262/2021 - 88881.638971/2021-01 – Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP.ito da UNESP.

Esta obra coletiva se propõe a refletir sobre a contribuição das Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, a OIT, para o Direito brasileiro, por ocasião das comemorações do centenário da criação dessa organização internacional. Dessa forma, procura-se discutir de que modo a OIT influencia a legislação trabalhista brasileira e a de outros países, em um contexto político e econômico desfavorável à salvaguarda dos direitos dos trabalhadores.

