



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
DOUTORADO

**COMPETITIVIDADE EMPRESARIAL, CUSTOS TRABALHISTAS E
MERCADOS: POSSIBILIDADES E LIMITES DE RECONHECIMENTO DA
FUNÇÃO CONCORRENCIAL DO DIREITO DO TRABALHO**

HUMBERTO LIMA DE LUCENA FILHO

JOÃO PESSOA

2016

HUMBERTO LIMA DE LUCENA FILHO

**COMPETITIVIDADE EMPRESARIAL, CUSTOS TRABALHISTAS E
MERCADOS: POSSIBILIDADES E LIMITES DE RECONHECIMENTO DA
FUNÇÃO CONCORRENCIAL DO DIREITO DO TRABALHO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, desenvolvida como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração:

Direitos Humanos e Desenvolvimento

Orientador:

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho

JOÃO PESSOA

2016

L935c Lucena Filho, Humberto Lima de.
Competitividade empresarial, custos trabalhistas e mercados: possibilidades e limites de reconhecimento da função concorrencial do direito do trabalho / Humberto Lima de Lucena Filho.- João Pessoa, 2016.
342f.
Orientador: Marcilio Toscano Franca Filho
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ
1. Direito do trabalho. 2. Função concorrencial. 3. Custos.
4. Mercados.

UFPB/BC

CDU: 34:331(043)

HUMBERTO LIMA DE LUCENA FILHO

**COMPETITIVIDADE EMPRESARIAL, CUSTOS TRABALHISTAS E
MERCADOS: POSSIBILIDADES E LIMITES DE RECONHECIMENTO DA
FUNÇÃO CONCORRENCIAL DO DIREITO DO TRABALHO**

Tese aprovada em 29 de março de 2016 pela banca examinadora composta por:

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho
(Orientador/Presidente – PPGCJ/CCJ - UFPB)

Prof. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato
(Examinadora interna, PPGCJ/CCJ - UFPB)

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra
(Examinador interno, PPGCJ/CCJ - UFPB)

Prof. Dr. Otacílio dos Santos Silveira Neto
(Examinador externo, PPGD - UFRN)

Prof. Dr. Wolney de Macedo Cordeiro
(Examinador externo, Unipê)

Dedico este trabalho àqueles que se libertaram da clássica lógica adversarial informadora da relação empregatícia para aderirem à perspectiva da complementariedade entre interesses, necessidades e desenvolvimento humano e, por essa razão, assumem o dever de boa-fé, tornando o cumprimento dos deveres um ato moral lógico e o respeito aos direitos uma consequência natural da eticidade.

*Sólo le pido a Dios
Que el dolor no me sea indiferente
Que la reseca muerte no me encuentre
Vacío y solo sin haber hecho lo suficiente*

León Gieco, 1978

AGRADECIMENTOS

Nenhuma grande vitória se consegue sozinho. A gratidão é um dos combustíveis do sucesso. Muitos contribuíram com minha trajetória nesses três anos, mas alguns estiveram presentes em quase todo o tempo, razão pela qual não poderia deixar de fazer o registro:

Ao Eterno, que nunca desistiu de mim e me deu forças para caminhar até aqui: Deus, o Mestre da minha frágil existência, que se mantém inarredável no seu incompreensível e assombroso amor para com seus filhos.

Aos meus pais, Humberto Lima de Lucena e Sônia Maria Prata de Lucena, inspiração de vida e modelos de conduta, os quais, de forma sensata e amorosa, sempre me ensinaram o reto caminho da Justiça, da compreensão e do respeito ao próximo.

Às minhas irmãs Kellyane Lucena, Karenyne Lucena e Kylze Lucena, por confiarem nos meus sonhos e pelas palavras de ânimo sempre disponíveis. Vocês dão vitalidade aos meus dias. Obrigado por existirem!

Às minhas tias, tios, primos e primas pelo entusiasmo e força. Em especial, às tias Mércia Maria Confessor Prata e Azenete Confessor Prata.

Ao Professor Doutor Marcilio Toscano Franca Filho, meu orientador, pelo apoio, pela honestidade científica, pelos ensinamentos, pela liberdade intelectual autorizada a minha pessoa e paciência democrática típica de suas ações. Suas ponderações foram luzes certas na evolução desta tese.

À professora Doutora Maria Áurea Baroni Cecato pelas serenas reflexões que me proporcionou e pelas valiosas contribuições acadêmicas dispensadas a este trabalho. Aos professores Doutores Gustavo Rabay, Wolney de Macedo Cordeiro e Otacilio Silveira pela disponibilidade e adequadas intervenções.

Aos colegas de turma do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ Morton Medeiros, Victor Rafael, Bruno Calife e Bradson Camelo, por me permitirem usufruir da doce e inteligente convivência e tornarem as viagens para a capital paraibana durante o período de aulas menos exaustivas.

Aos amigos, de perto e de longe, antigos e recentes, sem a companhia dos quais tudo seria demasiadamente árduo. Em especial a Marcela Moreno pela disposição, pelo auxílio e por assimilar de forma tão sublime o conceito de amizade e cumplicidade. Só o YHWH pode recompensá-la com as mais nobres bênçãos. A André Pires, pelo constante estímulo e apoio.

A Samuel Max Gabbay e a Ricardo Duarte pelos ricos debates, pela prontidão e pela amizade sincera.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba que, direta ou indiretamente, permitiram uma construção de bases sólidas em Direitos Humanos e Desenvolvimento, cujas reflexões foram decisivas para o aperfeiçoamento desta pesquisa e aos servidores da secretaria do PPGCJ pelo excelente tratamento e disponibilidade nas demandas dos discentes.

Ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN pelo suporte incondicional e aos meus companheiros de docência, com quem aprendo diariamente.

Aos colegas de trabalho e estagiários da Vara do Trabalho de Goianinha-RN, pelo apoio irrestrito e entendimento da necessidade de qualificação daqueles que desejam prestar um serviço público de qualidade.

MUITO OBRIGADO! SOLI DEO GLORIA!

DECLARAÇÃO DE INEDITISMO, AUTORIA E RESPONSABILIDADE

DECLARO para os devidos fins que a tese de doutorado **COMPETITIVIDADE EMPRESARIAL, CUSTOS TRABALHISTAS E MERCADOS: POSSIBILIDADES E LIMITES DE RECONHECIMENTO DA FUNÇÃO CONCORRENCIAL DO DIREITO DO TRABALHO**, defendida como requisito para obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídicas – Área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, é de minha autoria e atende ao requisito de ineditismo. Também declaro que este texto não contém violação a direito autoral ou qualquer outro direito de terceiros, tampouco encerra material de natureza ilegal. Asseguro que o trabalho não contém nenhuma forma de plágio ou transcrição indevida sem a devida e correta citação de cada obra e publicação utilizada.

João Pessoa/PB, 29 de março de 2016

Humberto Lima de Lucena Filho

RESUMO

As funções clássicas do direito do trabalho arroladas pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência especializada não contemplam, na esfera nacional, a sonegação sistemática de direitos trabalhistas como conduta suficiente para o enquadramento nas hipóteses de comportamento anticoncorrencial. Ao tempo em que isto se sucede no plano interno, debates e providências têm sido tomadas, na seara internacional, no intuito de não se permitir que a legislação trabalhista seja um instrumento de competitividade transnacional por intermédio da instalação fabril em países com legislação frágil ou com baixa fiscalização do cumprimento das regras trabalhistas. Diante de dois cenários que tratam sobre o mesmo fenômeno, mas com tratamentos absolutamente opostos, o presente trabalho possui como objetivo geral a averiguação acerca da correlação entre custos trabalhistas, concorrência empresarial e mercados para aferir se é possível a defesa do reconhecimento de uma função concorrencial do direito do trabalho. Como objetivos específicos pretende: a) analisar a proposta universalizante dos padrões internacionais trabalhistas, capitaneados pela Organização Internacional do Trabalho, para propor um núcleo reduzido de direitos aplicáveis em todos os Estados, denominado de bloco de convencionalidade; b) demonstrar a interligação fundamental do custo trabalhista relacionado à lucratividade e à obtenção de mercados; c) investigar como os sistemas nacionais e internacionais de defesa da concorrência enfrentam o tema, destacando as peculiaridades doutrinárias e jurisprudenciais do dumping social na doutrina brasileira. No intuito de concretizar os objetivos propostos, a pesquisa se socorre do método de abordagem lógico-dedutivo e hermenêutico, cujo desafio inicial é estabelecer a problemática objeto da pesquisa, ou seja, se é possível que violações trabalhistas sirvam de substrato para a atuação dos órgãos responsáveis pela regulação concorrencial. Quanto aos métodos de procedimento, as ferramentas utilizadas são eminentemente legislativas, estatísticas e comparativas, que visam perscrutar a existência de um hiato entre o direito do trabalho e o direito da concorrência, de modo a viabilizar uma conjugação interseccional. A pesquisa documental considerou a jurisprudência de cortes supranacionais e locais, a análise de dados produzidos por entidades internacionais, locais e a bibliografia estrangeira e brasileira sobre o tema. Como resultado conclusivo, tem-se que existe uma função concorrencial no direito do trabalho desconsiderada pela teoria geral trabalhista e pelo direito da concorrência. Entende-se, ainda, que tal função representa um dos vários desafios propostos pela globalização jurídica diante da persecução da eficiência dos custos de produção pelos agentes econômicos, devendo ser exercida, na seara internacional, pela Organização Mundial do Comércio (que aplicará o paradigma das Convenções Fundamentais da OIT) e, no campo interno, unicamente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Justiça Federal, nos casos de judicialização, sendo vedada, de toda forma, a análise da matéria pela Justiça do Trabalho, de ofício ou a pedido, sob pena de vilipêndio ao princípio processual da unicidade de convicção.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Função concorrencial; Mercados

ABSTRACT

The classical functions of labor law enrolled by doctrine the, the law and the specialized law does not contemplate, at the national level, the systematic evasion of labor rights as conduct enough for the environment in the event of anti-competitive behavior. As it happens, internally, debates and actions have been taken in international view, in order not to allow the labor legislation is a transnational instrument of competitiveness through the manufacturing facility in countries with weak legislation or with low enforcement of labor rules. Faced with two scenarios that deal with the same phenomenon, but with absolutely opposite treatments, this study has the general objective to research the correlation between labor costs, business competition and markets to assess whether the defense of the recognition of a competitive function is possible to labor law. The specific objectives are: a) examine the universalizing proposal of labor international standards, led by the International Labour Organization, to propose a reduced core duties applicable in all Member States, called conventionality block; b) demonstrate the fundamental interconnection of the labor cost related to profitability and obtaining markets; c) investigate how the national and international systems of antitrust face the theme, highlighting the doctrinal and jurisprudential peculiarities of social dumping in the Brazilian doctrine. In order to achieve the proposed objectives, the research uses the logical-deductive method and hermeneutic approach, which initial challenge is to establish the problematic object of research, that is, if it is possible that labor violations serve as substrate for the action of the body responsible for regulating competition. Concerning the methods of procedure, the sources are eminently laws, statistics and comparative aimed at scrutinizing the existence of a gap between the labor law and competition law in order to enable a intersectional conjugation. The documentary research considered the jurisprudence of supranational courts and local analysis of data produced by international organizations, local and foreign and Brazilian literature on the subject. As a final result, there is a competitive role in labor law disregarded the labor theory and the general competition law. It is understood also that this function is one of the many challenges posed by the legal globalization on the pursuit of efficiency in production costs by economic agents, should be exercised in the international harvest, the World Trade Organization (which apply the paradigm of ILO Core Conventions) and, in the infield, solely by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the Federal Justice in cases of legalization, being prohibited in all, the analysis of the matter by the Labor Court, ex officio or on request, under penalty of contempt to the procedural principle of unity of belief.

Keywords: Labor Law; Competitive function; Markets

RESUMÉ

Les fonctions classiques du droit du travail inscrites au milieu universitaire, à la loi et à la jurisprudence spécialisée ne comprennent pas, au niveau national, la fraude systématique des droits du travail comme conduite suffisante pour l'encadrement dans les hypothèses de comportement anticoncurrentiel. Au moment où cela se produit sur le plan intérieur, des débats et des actions ont été prises, à l'échelle internationale, afin de ne pas permettre que la législation du travail soit un outil de concurrence transnationale à travers de l'installation des usines dans les pays où la législation est faible ou l'application des règles de travail est précaire. Face à deux scénarios qui traitent du même phénomène, mais avec des traitements absolument contraires, cette étude a pour objectif général l'enquête sur la corrélation entre les coûts de main-d'œuvre, la concurrence entre les entreprises et marchés, pour déterminer si la défense de la reconnaissance d'une fonction concurrentielle du droit du travail est possible. Les objectifs spécifiques de cette étude: a) analyser la proposition universalisante des normes internationales du travail, commandées par l'Organisation Internationale du Travail, pour proposer un ensemble limité de droits applicables à tous les États membres, appelé bloc de conventionalité; b) démontrer l'interconnexion fondamentale du coût du travail lié à la rentabilité et à l'obtention de marchés; c) enquêter sur la façon dont les systèmes nationaux et internationaux anti monopole font face à la question, mettant en évidence les particularités doctrinales et jurisprudentielle du dumping social dans la doctrine brésilienne. Afin d'atteindre les objectifs proposés, la recherche utilise la méthode d'approche logique déductive et herméneutique, dont le premier défi est d'établir l'objet problématique de la recherche, qui est, s'il est possible que les violations du travail servent de substrat pour la performance de l'organisme chargé de la régulation de la concurrence. En ce qui concerne les méthodes de procédure, les outils utilisés sont éminemment législatifs, statistiques et comparatifs, qui visent examiner l'existence d'un écart entre le droit du travail et droit de la concurrence, de façon à permettre une association intersectionnelle. La recherche documentaire a examiné la jurisprudence des tribunaux supranationaux et locaux, l'analyse des données produites par des organismes internationaux, locaux et la littérature étrangère et brésilienne sur le sujet. Comme résultat, nous avons qu'il y a un rôle concurrentiel dans le droit du travail que n'a pas tenu compte par la théorie générale du travail et par le droit de la concurrence. Il est compris également que cette fonction est l'un des nombreux défis posés par la mondialisation juridique sur la poursuite de l'efficacité des coûts de production par les agents économiques, et doit être exercée, sur la scène internationale, par l'Organisation Mondiale du Commerce (qui applique le paradigme des Conventions fondamentales de l'OIT) et, intérieurement, uniquement par le Conseil Administratif de Défense Économique (CADE) et la Justice Fédérale, en cas de légalisation, est interdite l'analyse de l'affaire par le Tribunal du Travail, d'office ou sur demande, sous peine d'outrage au principe procédural de l'unité de conviction.

Mots-clé: Droit du travail; Fonction concurrentielle; Marchés.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 O TRABALHO NA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS: ENTRE O UNIVERSALISMO E O MULTICULTURALISMO – A GLOBALIZAÇÃO E A (NÃO) MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHO.....	24
1.1 DIREITOS HUMANOS: DO SENSO COMUM AO HOMEM SUJEITO DE DIREITOS.....	29
1.2 PREMISSAS TEÓRICAS DO UNIVERSALISMO: A DIGNIDADE E O TRANSNACIONALISMO COMO COLUNAS DOS DIREITOS HUMANOS.....	38
1.3 RELATIVISMO CULTURAL E DIREITOS HUMANOS: NOTAS SOBRE UMA TEORIA CRÍTICA.....	48
1.4 TRABALHO DECENTE, UNIVERSALISMO E RELATIVISMO: PERSPECTIVAS DIALÓGICAS PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS LABORAIS.....	58
1.5 ENTRE O UNIVERSALISMO E O RELATIVISMO CULTURAL: PERSPECTIVAS PARA O MUNDO DO TRABALHO.....	73
2 RELAÇÕES TRABALHISTAS E COMÉRCIO INTERNACIONAL: OS PARAÍSOIS NORMATIVOS NA ERA DO <i>RACE TO THE BOTTOM</i>.....	83
2.1 GLOBALIZAÇÃO, COMÉRCIO INTERNACIONAL E TRABALHO.....	87
2.2 DUMPING SOCIAL TRANSNACIONAL E A REPÚBLICA POPULAR DA CHINA.....	97
2.2.1. O caso Apple.....	108
2.3 PARÂMETROS CONCORRENCIAIS NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E GARANTIAS TRABALHISTAS NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....	119
2.4 STANDARDS TRABALHISTAS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.....	133

3 UM IMPASSE ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A DIGNIDADE DO TRABALHADOR: A LIBERDADE COMO FUNDAMENTO DE PONDERAÇÃO..... 147

3.1 DESENVOLVIMENTO, CRESCIMENTO ECONÔMICO E LIBERDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS E DIALÓGICOS..... 149

3.2 LIBERDADES CONSTITUTIVAS E INSTRUMENTAIS: UMA LEITURA JURÍDICO-ECONÔMICA DA CIDADANIA E SUA APLICABILIDADE AO TRABALHADOR SUBORDINADO..... 158

3.3 O TRABALHO DECENTE E O BLOCO DE CONVENCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DAS LIBERDADES DE AMARTYA SEN..... 171

4 ORDEM ECONÔMICA E DUMPING SOCIAL: POSSIBILIDADES DE ANÁLISE PELO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA..... 193

4.1 ASPECTOS ECONÔMICOS DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO CONTEXTO DOS CUSTOS E DOS MERCADOS..... 197

4.2 A TEORIA GERAL DO DIREITO ANTITRUSTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 214

4.3 RESPONSABILIDADE CORPORATIVA E O DEVER DE LEALDADE NA GESTÃO DOS CUSTOS TRABALHISTAS..... 233

5 A PROPOSTA REVISIONISTA DA TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO: A FUNÇÃO CONCORRENCIAL DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS..... 250

5.1 DUMPING SOCIAL E DIREITO CONCORRENCIAL DO TRABALHO..... 252

5.2 PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA E SEUS LIMITES NA IMPLEMENTAÇÃO DA FUNÇÃO CONCORRENCIAL DO DIREITO DO TRABALHO..... 266

5.3 O SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL E O *DUMPING SOCIAL*: UM ESTUDO DE CASO..... 284

CONCLUSÃO..... 301

REFERÊNCIAS..... 317

INTRODUÇÃO

Uma das mais belas demonstrações da premissa jurídica de que os pactos devem ser cumpridos do modo ajustado habita na obra *O mercador de Veneza*, de William Shakespeare (1564-1616). A discussão entre o mercador Antônio, o judeu rico Shylock e Bassânio, amigo do primeiro, acerca do pagamento de três mil ducados tomados por empréstimo do agiota Shylock é um dos temas centrais discutidos no texto do autor de *Hamlet*. Antônio, que se propõe a ser fiador de Bassânio, aceita a proposta de Shylock de ter retirada uma libra de carne, caso o devedor principal não arque com a sua dívida¹. Com o inadimplemento, a vida de Antônio é salva pelo argumento de Pórcia, uma rica herdeira e recém-casada com Bassânio, disfarçada de um noviço doutor em Direito chamado Baltasar. A alegação realizada no Tribunal do Duque de Veneza, por ocasião do julgamento, é de que a cláusula contratual só autoriza a retirada de carne sem nenhum derramamento de sangue, sob pena de se infringir o pacto avençado e Shylock perder seus bens, nos termos das leis de Veneza.

O cenário proposto pela comédia Shakesperiana sugere uma reflexão cuja natureza é de complementariedade. Determinados aspectos da vida, da sociedade e da existência humana não têm plena explicação ou sentido se analisados isoladamente ou sem os seus opostos correspondentes. O modelo global contemporâneo, imbricado de complexidades, demanda análises das interligações entre ciência e tecnologia, do diálogo entre o Direito e as demais ciências, restando empoeirados os estudos meramente herméticos da ciência jurídica, que não se divorcia das variadas manifestações de socialidade presentes nos aspectos mais mezinhos da vida humana.

É nesse cenário que emergem as recentes discussões acerca do mundo do trabalho e, especificamente, do Direito Laboral. A pós-modernidade presenteou os homens com grandes avanços na ciência, na saúde e na difusão do acesso à informação. A revolução tecnológica transformou o sentido da vida em sociedade e formatou novas modalidades de trabalho e de produção. Isso implicou mudanças céleres e efeitos profundos sobre as relações produtivas e as respectivas consequências sobre a qualidade de vida dos trabalhadores. O presente momento denota uma grave crise estrutural que põe em discussão quais rumos devem ser seguidos para que o direito ao trabalho e o direito do trabalho não caiam na utopia não-concretista. Seja qual for o marco sociológico utilizado, a geografia laboral e os dados econômicos confirmam que se vive um tempo de corrida para a eficiência. O caráter

¹SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/mercador.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015, p.29.

humanista dos direitos sociais dá sinais de enfraquecimento e se perde nas estantes da história como uma poeira registrada em um passado quando a esperança no trabalho como elemento pacificador e de justiça social poderia conduzir o mundo a tempos melhores. Enquanto estas palavras são lidas, em algum lugar do globo, ocorrem acidentes de trabalho com óbito, criança são submetidas a trabalho forçado, condições ambientais degradantes se proliferam em alguma fábrica no interior da China ou precários alojamentos são erigidos como verdadeiros depósitos de trabalhadores exaustos.

O desafio que diariamente se apresenta ao Direito é o de assegurar condições mínimas de sobrevivência e civilidade a uma massa de pessoas absolutamente marginalizadas da incidência dos direitos humanos. Dentre esse catálogo de direitos tido como fundamentais, o direito do trabalho cuida de regular e de aplicar o direito humano ao trabalho. Encerrado tradicionalmente como uma espécie de direito social, nascido no calor dos enfrentamentos e nas tensões sociais, políticas e econômicas do século XVIII, esse campo de pesquisa tem um inegável viés econômico. Consequencialmente, muito embora o Direito Trabalhista tenha como objeto o estudo do contrato de trabalho, seus princípios e sujeitos, certamente o ponto central de análise reside no distinto tratamento por ele concedido à figura das partes contratantes: o empregado e o empregador. A bem da verdade, o simbolismo jurídico dos sujeitos contratuais guarda consigo duas figuras com interesses, *a priori*, contrapostos: a atividade empresarial e seus atores econômicos, representada pela livre iniciativa, com seu maior destinatário – o mercado – e a força produtiva, os trabalhadores. Tal qual não se corta a pele sem o consequencial jorrar do sangue, não é possível compreender adequadamente as contradições e as irritações do subsistema trabalhista sem promover uma ponte de transição, em termos Luhmannianos, com o subsistema econômico e os seus consectários lógicos, mesmo que ambos envolvam agentes com distintos, mas não menos legítimos, anseios.

Desde as primeiras manifestações da Revolução Industrial, a figura do trabalho – e sua respectiva tutela jurídica - exerce fundamental importância na construção e na consolidação das sociedades democráticas, de forma que têm ocupado um espaço próprio nas ordens constitucionais e supranacionais como fundamento de valorização do homem e de expansão de sua dignidade. O trabalho é instrumento de democratização da riqueza, agente ativo nos processos de desenvolvimento socioeconômico e, principalmente, um dos fundamentos dos direitos humanos com proteção local e global, razão pela qual tem recebido estudo específico e sido objeto de constante mutação jurídica, em termos de tratamento, nas mais distintas fases da história.

A ordem social, contudo, não se encontra divorciada da ordem econômica. Ao revés, porquanto tem íntima e basilar relação, à medida que a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 170, reputa-se alicerçada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, bem como é irradiada pelos princípios da função social da propriedade (inciso III), da livre concorrência (inciso IV) e da busca do pleno emprego (inciso VIII), entre outros. Vê-se que o referido texto articular e os comandos seguintes procedem a uma compatibilização entre a livre iniciativa e a convivência institucional harmônica com o trabalho e a sua significação na construção de uma sociedade mais justa (ou menos desigual) e capaz de ser inserida em um processo de desenvolvimento nacional, atendendo ao art. 1º, IV e art. 3º, I, II e III da Constituição da República.

Naturalmente, o Direito, como conjunto de regras, de princípios e de estruturas organizacionais e reguladoras de comportamento, é revestido de uma perspectiva deontológica e é convocado a atuar nas situações de desconformidade com os preceitos estabelecidos. Conforme exposto, a livre concorrência é informadora da ordem econômica e se relaciona – sob a perspectiva do Direito Concorrencial – com a função social da propriedade, com a busca da redução das desigualdades regionais e sociais e com a persecução do pleno emprego. Assim, a eventual sobreposição entre princípios-valores acarreta uma violação, cujo efeito imediato é o desequilíbrio, a distorção jurídica da Ordem Econômica.

A Ordem Econômica, enquanto subsistema da Ordem Jurídica, aproxima-se da Constituição Econômica. Cada princípio contido em seu bojo implica alguma obrigação ao Estado e/ou ao particular para a manutenção da Ordem. Mais robusto ainda são os seus fundamentos: a valorização do trabalho e a livre iniciativa (com o fim de assegurar uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, frise-se, nos termos do art. 170 da CF/88). Atuam como verdadeiros pêndulos de sopesamento pelo que a ausência mínima de um deles reverbera na distorção do sistema. A valorização ao trabalho, a destacar, opera uma obrigação ao legislador de atribuição ao labor e aos seus agentes (os trabalhadores) o tratamento e a proteção que lhes são peculiares. Dessa feita, uma subvalorização culmina por infligir uma desordem econômica e uma dominação da livre iniciativa pura e simples, ao menos de um inicial ponto de vista jurídico.

No contexto deste cenário, faz-se necessário desenvolver um estudo da relação e dos limites de influência do Direito do Trabalho na Ordem Econômica, tomando como referencial uma modalidade específica de conduta anticoncorrencial, fundada no abuso patronal do direito de contratar e de dispensar, na utilização da legislação trabalhista como um elemento

de competição entre Estados, ou, ainda, no desrespeito sistemático dos direitos sociais trabalhistas como incorporação de vantagens competitivas que dão azo à prática de preços predatórios e abuso do poder econômico. Esse multifacetado fenômeno denomina-se *dumping social*. Mesmo diante de variadas espécies de relação de trabalho, a delimitação a ser feita considerará exclusivamente o trabalho na modalidade de relação de emprego, em que pese todas as críticas direcionáveis às limitações de alcance do conteúdo do direito ao trabalho e do trabalho, conforme se explanará em momento apropriado.

A prevalência da finalidade lucrativa em si mesmo desvincilhada da ideia de prestígio do labor humano repercute objetivamente no campo do Direito Econômico Concorrencial. A permuta geográfica de capital e de empresas, visando a substituição da mão de obra por outra menos custosa sem o véu da proteção dos direitos trabalhistas e sem os devidos encargos sociais, permite o barateamento do produto ou do serviço e facilita a dominação de mercado, conduta tida como concorrência desleal e, portanto, implosiva da ordem econômica. Numa outra visão, utilizada quase estritamente por parcela da doutrina e da jurisprudência, as sucessivas condenações, em sede de reclamações trabalhistas, de um mesmo empregador por motivos de não adimplemento de verbas salariais, de recolhimentos fundiários e de não quitação de rescisões, caracterizam a locupletação ilícita do empregador, que se apropria da produtividade humana sem a observância das regras e dos parâmetros limitativos do exercício do seu direito.

Embora os países desenvolvidos acusem os subdesenvolvidos de negligenciarem a legislação trabalhista (por não a adotarem nos padrões propugnados pela Organização Internacional do Trabalho) ou ignorá-la e fundamentem a proteção do mercado interno nos produtos criados com mão de obra sem os necessários direitos trabalhistas, o valor do salário tem sido o grande motivo para a prática do *dumping social*, com a instalação de fábricas em países onde o valor pago é inferior e há grande informalidade empregatícia. Os debates vêm ganhando contornos de discussões no âmbito da Organização Mundial do Comércio, os países em desenvolvimento têm dificultado a materialização normativa da tipologia ora tratada, sob a alegação do suposto regramento ser apenas mais um motivo para a criação de novas barreiras protecionistas dos seus produtos. A preocupação reside, em última instância, na ingerência que o instituto central possui no desenvolvimento [econômico]. A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, tem se esmerado na tentativa de inserir o tema na agenda global e levar à tona discussões que fomentem medidas eficazes na disputa contra a apropriação abusiva do trabalho e seus desfechos decorrentes anteriormente mencionados. Surge aí o

questionamento sobre qual o órgão internacional competente para o monitoramento de condições de trabalho quando conectadas ao comércio internacional.

No plano nacional, a situação se projeta de maneira semelhante, mas com certas particularidades. Dentro do universo de ações ajuizadas na seara trabalhista, algumas têm resultado em condenações aos empregadores pela prática de *dumping social*, por suprimirem ou desrespeitarem sistematicamente direitos trabalhistas, mas devido à ausência de legislação específica há uma incerteza conceitual e processual em como proceder no combate ao instituto, o que gera decisões e entendimentos controvertidos e, por vezes, reformados pelas instâncias superiores, fato que legitima a fundamentalidade de uma análise mais cuidadosa.

Outra dificuldade de ordem conceitual quanto à tipificação do *dumping social* desagua, especialmente, nas ecoantes vozes doutrinárias que não reconhecem a modalidade prevista no Enunciado N° 4/ANAMATRA² como espécie legítima de *dumping* e apta a ensejar sanções na esfera do Direito Concorrencial e das Tutelas Coletivas, e, sobretudo, pelo reconhecimento da figura em comento e condenação de ofício pelo juiz do trabalho no curso de uma ação trabalhista. Além da tradicional demarcação conceitual, a doutrina e a jurisprudência brasileira têm entendido o *dumping* sob uma perspectiva tendencialmente social e concretizadora dos direitos fundamentais em contrapartida ao direito concorrencial propriamente dito. O espectro de análise dessa linha de entendimento foca-se, a princípio, na tutela dos Direitos Difusos e Coletivos originando na Responsabilidade Civil por Dano Coletivo [social], calcada no abuso do direito como ato ilícito. O sustentáculo dessa posição, diferentemente do primeiro, não está na preocupação da manutenção de um ambiente de liberdade de iniciativa com interesses tutelados pelo direito concorrencial: os consumidores, os participantes do mercado e o interesse institucional da ordem concorrencial; visa, outrossim, tornar reais os valores propalados pelo Direito Social: a solidariedade (significada na figura de uma responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social e a proteção da dignidade humana (mecanismo de freamento de dominação exclusiva dos interesses econômicos).

²ENUNCIADO 4 - DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘dumping social’, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás já previam os artigos 652, ‘d’, e 832, § 1º, da CLT”. Aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.

Em razão da ausência de regramento autônomo e das nítidas correlações entre as questões econômicas de competitividade, de custos da mão de obra e dos mercados, a problemática central do tema envolve o seguinte questionamento: *o tangenciamento destes três institutos converge para o reconhecimento de uma função concorrencial do direito do trabalho a ponto de autorizar o acionamento dos órgãos responsáveis pela regulação econômica de condutas anticompetitivas?* Dito de outra forma, as violações sistemáticas de regras trabalhistas são premissas suficientes para que se promova uma alteração no campo concorrencial, seja sob o ângulo da redução ou da eliminação da área de atuação dos agentes que competem num mesmo nicho consumerista? A provocação merece um estudo mais acurado para que se evitem especulações ou presunções judiciais de que violações trabalhistas sempre e indistintamente resultam em afetações na ordem econômico-concorrencial, mormente em sede de ações apreciadas pela Justiça do Trabalho, razão pela qual também é fundamental o delineamento de paradigmas úteis na condução de controvérsias que possuam em seu bojo eventuais discussões sobre trabalho, mercado e concorrência desleal.

O estudo sobre a temática problematizada tem por finalidade provar se a hipótese fundamental de que reiteradas subtrações de direitos sociais trabalhistas constituem infração à ordem econômica nacional, enquadrável no art. 36, incisos III, IV e §3º, XV, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e na esfera internacional, no artigo VI do *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT. Essa hipótese inicial sustenta-se em três outras: a) a aplicação de um conceito universal de trabalho decente, modelado por um bloco de convencionalidade fundamental, propugnado pela Organização Internacional do Trabalho, reduziria consideravelmente as distorções na gestão da força trabalhista, em termos de legislação e de direitos negados aos trabalhadores nos denominados paraísos normativos; b) há um indício claro de causa e efeito entre a eliminação de direitos trabalhistas e o rebaixamento de patamares salariais com a lucratividade e, conseqüentemente, poder de expansão nos mercados (com afetação dos agentes econômicos cumpridores da legislação trabalhista); c) as investigações sobre condutas anticompetitivas originadas da prática de *dumping social* devem ser de atribuição dos órgãos administrativos e judiciais responsáveis pela aplicação de penalidades, processamento e julgamento das demais espécies de condutas em homenagem à unicidade de convicção, também consagrada como princípio do direito processual.

Visível a imprescindibilidade do estudo do *dumping social* dentro do contexto de higidez da Ordem Econômica, notadamente objetivando a manutenção de um sistema de concorrência em consonância com os modelos ideais de mercado. Nesse sentido, o

cerceamento de uma justiça social impossibilita a concretização de direitos preexistentes, face à indivisibilidade e à interdependência dos direitos humanos, ou seja, as liberdades civis e políticas só são materializáveis através da noção superior de liberdade como evolução da condição humana promovida pelo Direito do Trabalho a partir da sua inserção no processo de desenvolvimento.

Diante dessas ideias introdutórias, objetiva-se, de forma genérica, investigar a correlação entre os custos trabalhistas, a concorrência empresarial e os mercados para aferir se é possível a defesa do reconhecimento de uma função concorrencial do direito do trabalho e seus limítrofes. Como objetivos específicos a tese pretende: a) analisar a proposta universalizante dos padrões internacionais trabalhistas, capitaneados pela Organização Internacional do Trabalho, para propor um núcleo reduzido de direitos aplicáveis em todos os Estados, denominado de bloco de convencionalidade; b) demonstrar a interligação fundamental do custo trabalhista relacionado à lucratividade e à obtenção de mercados; c) averiguar como os sistemas nacionais e internacionais de defesa da concorrência enfrentam o tema, destacando as peculiaridades doutrinárias e jurisprudenciais do dumping social na doutrina brasileira.

Para que se atinjam as finalidades desejadas, o trabalho utiliza-se do método de abordagem lógico-dedutivo e hermenêutico. Quanto aos procedimentos, o caminho a ser trilhado demanda uma revisão bibliográfica da literatura acerca do Direito [Internacional] do Trabalho, do Dumping Social, da Ordem Econômica e, nos limites possíveis, da possível relação teórico-dialógica entre a defesa da liberdade informadora da livre iniciativa e daquela que deve caminhar juntamente com o exercício do trabalho. Ademais, para uma compreensão mais consistente e menos apaixonada sobre a correlação entre trabalho e concorrência, é fundamental que se debruce sobre o processo comportamental do sujeito ativo do contrato de trabalho na seara de mercado, isto é, a origem da atividade empresarial e como ela se organiza no modelo capitalista de produção, particularmente quanto aos custos de transação e sua eficiência, e as possíveis influências emitidas e recebidas da produção legislativa trabalhista.

Os marcos teóricos concentram-se nas ideias do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen, nos estudos sobre eficiência propostos pela análise econômica do Direito, que possui como seu principal ponto de criação literária a Escola de Chicago (Oliver Williamson, Ronald Harry Coase e Richard Posner). O tema também prosseguir-se-á pela trilha jurisprudencial e legislativa dos institutos expostos como basilares para a compreensão e a reflexão crítica da matéria. De igual forma, a pesquisa histórica, documental e a análise de

dados, juntamente com a revisão bibliográfica específica, são suportes para o atendimento dos fins a que se propõe o trabalho.

Nesse diapasão, partindo das conexões entre Direito, Economia, mercado e trabalho, dispensa-se ao dumping social um enfoque sob a perspectiva dos valores que informam a ordem econômica, em particular a complementariedade entre livre iniciativa e valorização do trabalho humano.

O encadeamento da investigação divide-se em cinco momentos.

No primeiro capítulo, trata-se do trabalho na teoria geral dos direitos humanos e a problemática do enfrentamento entre a tese universalista e a multiculturalista com vistas a se defender o estabelecimento de valores e padrões trabalhistas mínimos, opção tomada pela OIT na sua atuação de promoção da justiça social. Estabelece-se, ainda, a dignidade humana como o eixo gravitacional da proteção ao trabalhador em face da fusão entre trabalho e prestador do serviço subordinado para que, dentro desse quadro valorativo, firme-se a definição de trabalho decente e as contribuições que o universalismo e o multiculturalismo podem oferecer para a salubridade das relações empregatícias.

Feito esse recorte teórico, a definição de trabalho decente e a defesa da internacionalização de um direito do trabalho minimamente uniforme serve como instrumento de análise às recorrentes violações perpetradas contra trabalhadores, em particular na Ásia, por força da mundialização das cadeias produtivas. É nessa toada que o capítulo seguinte relaciona o labor, o comércio, a concorrência internacional e o surgimento dos denominados paraísos normativos no contexto socioeconômico do *Race to the Bottom* visando demonstrar que, no cenário global, mediante um estudo de caso, os níveis de proteção social têm funcionado como estopim para a mobilidade produtiva das companhias transnacionais de países desenvolvidos para Estados em desenvolvimento, rebaixando as condições de trabalho. Também perscruta uma modalidade de interpretação em rede da normatividade no afã de se por à disposição dos profissionais que militam com temas trabalhistas mais uma opção de consolidação de patamares laborais básicos.

Propondo um modelo laboral que se fundamenta no processo de desenvolvimento como liberdade, o terceiro capítulo almeja alcançar um ponto de equilíbrio entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho, perfazendo uma análise das liberdades substantivas e instrumentais e as correlacionando aos direitos humanos do trabalho. Assim, informado por um sentimento de empoderamento do trabalhador e de sua autonomia para exercer as suas capacidades, a liberdade surge, não como um ato de terror às relações jurídicas trabalhistas, porém, antes se destaca como a saída do trabalho do paradigma marxista da mercadoria para

serviço, tornando o trabalhador empreendedor de si, pois o axioma valorativo é o da realização do seu projeto de vida. Dessa feita, classificar as liberdades arroladas por Amartya Sen de acordo com os bens jurídicos consagrados nas convenções fundamentais da OIT culmina no conceito de bloco de convencionalidade como uma saída possível e executável em termos de política internacional de proteção aos *standards* trabalhistas.

Na sequência, o quarto capítulo dedica-se ao estudo dos fundamentos do direito concorrencial no contexto da ordem econômica e na estruturação dos órgãos responsáveis pelas investigações de comportamentos empresariais que afetem a estabilidade do ambiente de competição descrito na Constituição da República. Aventa, ainda, as possibilidades interpretativas da legislação própria que regulamenta o sistema brasileiro de defesa da concorrência para contemplar a redução dos encargos trabalhistas e previdenciários como meio ilícito de se obter posição dominante no mercado. Considera, também, a necessidade de se proceder a uma gestão ética da relação de emprego, sob a perspectiva da responsabilidade corporativa e do dever de lealdade entre as partes, sem que para isso a definição de eficiência na otimização dos resultados empresariais signifique o descumprimento reiterado e coletivo do direito positivo trabalhista.

Por último, o quinto capítulo encerra a tese tencionando o estudo do dumping social no plano nacional com as devidas especificidades dispensadas ao tema no regramento (ou ausência dele) trabalhista brasileiro, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, em conjunto com os dispositivos, os institutos e os princípios informadores da ordem social e econômica e suas influências recíprocas. Tem por missão também fazer uma análise da atuação da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho nas decisões exaradas em sede de dumping social. O cerne dessa seção é propor uma revisão nos conceitos e nas funções da teoria geral do Direito do Trabalho para que se reconheça um aspecto concorrencial a esse ramo jurídico, sem olvidar as premissas de repartição constitucional de competências e de observância aos primados administrativos e processuais na defesa da concorrência, tomando como base um estudo de caso no setor da construção civil nacional.

1 O TRABALHO NA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS: ENTRE O UNIVERSALISMO E O MULTICULTURALISMO – A GLOBALIZAÇÃO E A (NÃO) MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHO

A primeira cena do quarto ato da obra referenciada no introito deste trabalho cuida do embate judicial entre Antônio, Bassânio e Shylock no Tribunal de Veneza. Dois momentos são dignos de destaque nesta cena. Na primeira fase, percebe-se um comportamento irredutível, impetuoso e impiedoso de Shylock, mesmo diante do apelo da autoridade de Doge, em exigir o cumprimento do cruel ajuste firmado com Antônio e Bassânio. A insistência do judeu em obter uma libra de carne não se dissipa após a proposta do devedor de lhe pagar o dobro da dívida vencida e complementa afirmando que apenas exerce regularmente o seu direito, desafiando a eficiência das regras jurídicas de Veneza, caso não obtenha êxito: “De igual modo vos direi, em resposta, que essa libra de carne, que ora exijo, foi comprada muito caro; pertence-me; hei de tê-la. Se esse direito me negardes fora com vossas leis! São fracos os decretos de Veneza!”³.

O segundo momento revela uma total mudança reativa, pois Shylock, após a advertência da impossibilidade de cisão entre carne e sangue feita por Pórcia, percebe que foi vítima da literalidade do acerto celebrado com o fiador do devedor. De acordo com as Leis de Veneza, caso houvesse o derramamento de sangue na execução do contrato, todos os bens e terras de Shylock seriam repassados ao Estado, além da previsão legal do assenhoreamento da metade de seus bens por Antônio, pois a casuística tratava de atentado de um estrangeiro contra a vida de um dos membros da comunidade de Veneza, sem excluir o julgamento com uma condenação a possível pena capital. Ciente da punição patrimonial que lhe assolaria, o judeu decide mudar de opinião e aceita o pagamento de três vezes o valor da obrigação originária, porém não lhe é permitido o recebimento da substituição do adimplemento. Embora peça por clemência na aplicação de tantas sanções, seu pleito é julgado improcedente, ainda que a vida lhe seja oferecida a ser poupada, ocasião em que o Shylock exclama: “Não, a vida também; não perdoeis nada. Tirais-me a casa, se a privais do esteio no qual ela se firma; da existência já me privastes, quando me deixastes sem os recursos com que me sustento”⁴.

O trecho descrito tem forte substrato da filosofia humanista, fundamento moderno e contemporâneo da teoria geral dos direitos humanos. A genialidade de Shakespeare propõe

³SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/mercador.pdf>. Acesso em 09 de março de 2015, p.107.

⁴Ibid, p.120.

uma arte que não se resume a falar do Direito, mas com ele dialoga. É possível extrair, por exemplo, três categorias - hodiernamente objeto de discussões na teoria do Direito – desde o escrito inglês: a dignidade humana vista como esteio das relações horizontais e verticais, o tratamento dos ordenamentos nacionais em relação às ações de estrangeiros e uma mensagem de negação da intolerância, traduzida na capacidade de compreensão do outro pelo modo de se colocar em seu lugar e na convivência com a diferença, cuja essência abriga o discurso protetivo dos Direitos Humanos.

No decorrer da comédia dramática de Shakespeare, há outro elemento que sempre ressurgue e põe em xeque a carga valorativa da ideia de dignidade em função da procedência nacional ou religião. Trata-se das visões de mundo acerca de um mesmo tema reveladas por Shylock e Antônio que denotam um conflito proveniente da distinta identidade cultural. Exprime-se que a escolha modal do pagamento da fiança e sua execução pelo usurário judeu se deram em razão de embates e de desentendimentos entre ele e Antônio, supostamente um antissemita. A leitura do embate resume-se no enfretamento entre duas percepções da realidade e de como se enxerga um mesmo fato sob uma ótica de supremacia axiológica ou ditada pela legalidade envolta em noções culturais. Assim, de um lado, situa-se o personagem Shylock “(...) rancoroso, vingativo, ainda que amparado pela lei, base e princípio fundamental de sua cultura. De outro lado, Antônio fora imprudente, discriminador, intolerante, ainda que agora deseje que a clemência cristã esteja acima da lei (...)”⁵.

A polarização discursiva exposta em *O Mercador de Veneza* representa um dos mais acalorados debates na Teoria dos Direitos Humanos. Para além de se buscar compreender quem é a pessoa humana reduzida a uma categoria global de titularidade de direitos ou quais as características desse estuário, a maior problemática tangente ao tema diz respeito ao alcance territorial e a compatibilidade do que se reputa como inerente a todos – desconsideradas quaisquer diferenças biológicas, étnicas, religiosas, culturais – na acepção ocidental ou majoritária com a variabilidade conceitual intercultural dos direitos humanos. Assim, o questionamento não se resume apenas à ideia de dignidade humana, mas dignidade à luz de qual perspectiva? Ou, ainda, com que finalidade?

Diariamente, o ser humano sinaliza claramente sua debilidade enquanto ser social. As barbáries praticadas em nome de Deus ou Alá, a obliteração valorativa do ser e da existência humana em homenagem a comandos divinos ou a interpretações de seres presumidamente iluminados reacende a dialética entre dois entendimentos acerca da elasticidade, do núcleo e

⁵NEPOMUCENO, L. A.; SILVA, Lays Borges da . Entre a fé e a vingança: uma leitura de "O mercador de Veneza", de Shakespeare. **Perquirere** (Patos de Minas), v. 5, p. 3, 2008, p.12.

da densidade cultural dos direitos do homem. Dentre as variadas concepções existentes nos referenciais teóricos acerca dos Direitos Humanos, é possível identificar dois gêneros principais que encerram lados opostos na discussão sobre o tema e são determinantes para a compreensão dos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos do Homem: o universalismo e o relativismo cultural ou multiculturalismo. Especificamente em tempos de célere mobilidade de capitais e força de trabalho e discussões sobre a (não) intervenção em situações absolutamente bárbaras em múltiplas localidades do globo terrestre, há um aprofundamento do debate, também temperado à medida que se verifica, na ordem internacional, um incremento das relações entre Estados, organismos internacionais e agentes transnacionais, tais como os grandes conglomerados econômicos, cujos objetivos mercadológicos se projetam para além dos limites territoriais tradicionalmente consagrados⁶.

A polarização teórica ganha maior força no final da primeira metade do século XX, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, adotada e proclamada pela Resolução 217-A, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, impulsionada pelos rastros de barbárie humana herdados dos dois grandes conflitos mundiais. Essa fase é conhecida pela internacionalização dos Direitos Humanos, que sucede os períodos embrionários que o gestaram inicialmente no âmbito dos Estados Nacionais, a exemplo do Tratado de Paz de Westfália (1648), passando por uma expressão universal desde uma visão de determinado povo (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789). A positivação de tais direitos nos sistemas jurídicos nacionais foi complementada pela generalização, isto é, a extensão dos direitos humanos em razão da simples condição de ser humano.

A questão central que se põe diz respeito, dentre outras de menor complexidade, à possibilidade de se estabelecer um padrão mínimo de direitos aplicáveis a uma universalidade de sociedades marcadas por sensíveis diferenças de ordem histórico-cultural. Problematisa-se a necessidade de manutenção de um nível básico de respeito ao que se reputa como fundamental para a existência humana ou se cada Estado, em face das peculiaridades destacadas ao norte, tem a soberania absoluta para definir aquilo que entende por razoável e compatível com os costumes, tradição e adequação aos seus nacionais. As discussões concentram elementos de raízes jurídicas, sociológicas, filosóficas e políticas, notadamente pelo contexto corrente em que se inserem: a globalização (ou mundialização, na visão dos franceses). O fruto imediato de tal processo econômico, social e integracionista é a

⁶LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Entre o universalismo e o relativismo teórico dos Direitos Humanos: a globalização e a (não) mercantilização do trabalho. In: CONPEDI/UFPB; Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico; Susana Camargo Vieira. (Org.). **Direito Internacional e Direitos Humanos II** - A humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI. 1ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, v. 2, p. 311-339.

interligação dos mais distintos setores da economia com o trabalho. À guisa de ilustração, as crises econômicas mais recentes, iniciadas em 2008, corroboraram objetivamente com a elevação do número de pessoas desempregadas: 169.7 milhões (2007), 195.4 milhões (2012) e uma projeção de 207.8 milhões para o ano de 2015⁷. Segundo dados da OIT, em 2012, os índices de desemprego global atingiram 5.9% e seria necessária a geração de aproximadamente 31 milhões postos de trabalho para a recuperação dos efeitos dos abalos econômicos da crise mundial no mundo do trabalho⁸.

Nessa perspectiva, urge tratar de um instituto em separado: o trabalho. Presente em qualquer grupo social ou Estado, seja na modalidade formal/informal de produção de bens e serviços ou encarado como um mero definidor de esforço humano com vistas a produção de um resultado, não é possível retroceder às ideias greco-romanas de nobreza absoluta e de delegação do labor às classes inferiores. No sistema pós-moderno de produção capitalista, o trabalho é elemento de identificação social, instrumento de valor, vetor fundamental da ordem econômica e, a depender do olhar que sobre ele se debruce, é, também, a própria condição ontológica do homem. Logo, não se concebe, pelo menos do ponto de vista produtivo, uma sociedade sem trabalho, tampouco este sem uma finalidade de sustento social.

Entretanto, não há sentido na abordagem cartesiana⁹. O trabalho pressupõe, além do exercício da atividade produtiva configurada no direito fundamental econômico à livre iniciativa, a figura do trabalhador, titular de direitos e obrigações e alvo de proteção nos ordenamentos jurídicos nacionais e de farta regulamentação na seara internacional, em especial com um substrato axiológico com escopo de tutelar a figura do prestador do serviço e não do objeto da relação contratual em si. No universo do trabalho como um direito humano, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) figura como o maior agente de normatização internacional, com a aplicabilidade de suas Convenções e Recomendações aos países signatários, contando com um amplo leque de regras, cujos objetivos estão sintetizados na Declaração de Filadélfia (1944) e são referendados pelo Preâmbulo da Constituição daquele organismo (Conferência Internacional do Trabalho, Montreal, 1946).

Os princípios fundamentais da Declaração são quatro: não mercantilização do trabalho, liberdade de expressão e associação, eliminação da pobreza e discussões tripartites.

⁷INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **World of Work Report 2013**: Repairing the economic and social fabric. Genebra: ILO, 2013, p.8.

⁸ILO, 2013, p.7

⁹Embora utilizado recorrentemente como sinônimos os termos trabalho e labor, semanticamente, possuem denotações distintas. Labor associa-se mais com labuta e tende a demonstrar um trabalho árduo, prolongado, em regra referente a trabalhos manuais mais exaustivos. O trabalho, em via menos aflitiva, implica atividade racional com uma finalidade específica. Para uma melhor estética textual, utilizar-se-ão os dois textos como atividade humana destinada a produção de resultados econômicos capazes de prover o sustento do trabalhador.

No mesmo espírito, a Constituição da OIT entabula preambularmente: a paz universal e duradoura assentadas na justiça social, a melhoria das condições de trabalho em âmbito mundial como fator de manutenção de uma ordem pacífica e os padrões mínimos e universais de trabalho como critério estimulador das nações desejosas de aprimorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. No campo da normatividade convencional, dentre as 189 Convenções Internacionais do Trabalho que integram seu rol de regramento, oito são designadas como fundamentais por constituírem um centro de temas e de princípios sensíveis em matéria trabalhista. Em 1995, uma campanha capitaneada pela OIT objetivou atingir um patamar de ratificação universal, alcançando mais de 1200 ratificações, representando 86% do número máximo possível de ratificações, considerada a quantidade de Estados-membros constituintes daquela Organização¹⁰. Nos três documentos normativos, portanto, nota-se uma preocupação na estipulação de *standards* básicos a todas as nações, de modo a evitar que o trabalho seja utilizado como *res* desvinculado da figura do trabalhador, ou melhor, impedir que o trato do labor meramente como valor, não cingindo o homem e sua dignidade, paute como padrão as relações jurídicas, a contrário *sensu* da ressignificação kantiana do trabalho.

Se o trabalho é um direito humano e a OIT expressamente expõe as intenções universalistas no intuito de evitar que os Estados Nacionais criem legislações autorizadoras da depauperação trabalhista, em particular para tutelar os trabalhadores das ações imanentes à competitividade comercial internacional e sob os auspícios da maximização do lucro a todo custo, é justificável que se façam reflexões acerca do pêndulo teórico que se interpõe entre o universalismo e o interculturalismo desse direito humano. Destarte, se em tempos de globalização a liberdade absoluta e soberana dos Estados de conceberem o direito trabalhista interno for o mecanismo adotado para aferir a validade das regras tangentes ao mundo do trabalho, o efeito lógico dessa lente relativista não implicaria em afetação no âmbito das relações consumeristas e empresariais, seja em sede interna ou transnacional, especificamente em relação ao preço dos produtos e dos serviços e à higidez da concorrência comercial?

Portanto, a atuação da OIT, bem como dos órgãos internacionais, reafirma uma conduta tipicamente globalizante quanto ao trabalho. Porém, os pressupostos filosóficos da teoria dos direitos humanos aplicam-se aos direitos independentemente da dimensão que integram. Faz-se necessária, assim, a ponderação das implicações interpretativas das teorias universalistas e relativistas culturais dos direitos humanos com enfoque nas densas e

¹⁰INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **Conventions and Recommendations**. Disponível em: <<http://ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm>>. Disponível em 09 de março de 2015.

imbricadas relações trabalhistas da modernidade. Como corte epistemológico, o espectro de análise circunda o princípio da não mercantilização do trabalho e seu diálogo com a manutenção de um ambiente de concorrência e de competitividade empresarial salubre.

1.1 DIREITOS HUMANOS: DO SENSO COMUM AO HOMEM SUJEITO DE DIREITOS

As problemáticas que envolvem questões relativas aos direitos humanos, diuturnamente, pulsam discussões de ordem demasiadamente pragmática que, por vezes, margeiam uma superficialidade que desconsidera o cenário de triunfo do humanismo jurídico. Esse pensamento pondera a simples condição de homem para enxergá-lo como destinatário de direitos em detrimento do senso de merecimento deles. O reducionismo hermenêutico que rebaixa as perspectivas da tutela do homem a uma invencionice desmedida dos que visam a defesa de grupos estigmatizados esbarra, em termos de consistência epistemológica, nas raízes historicistas e filosóficas que fundamentam a imperiosidade da eleição de direitos básicos (independente de se adotar uma visão universalista ou não) a serem exercidos pelo indivíduo.

O grande tesouro a ser implementado por esse sistema de direitos remete a duas categorias jurídico-filosóficas, mas preciosas ao Direito por se situarem em um patamar de alta abstração e pouca valoratividade ética: a dignidade e a cidadania. Esta, nos moldes contemporâneos, não mais se resume aos direitos políticos e passivos tradicionalmente considerados no regime constitucional Imperial e ainda adotado em determinados meios acadêmicos e dispositivos legais restritivos de ação popular participativa, mas se compõe de uma multidimensionalidade social, econômica, existencial e educacional. Nas palavras de Mazzuoli, a cidadania proposta pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos é expansiva e definida como “o espaço político onde toda e qualquer manifestação reivindicatória de direitos se exteriorize; é o direito de lutar por mais direitos, só conseguido, através da politização da sociedade (...)”¹¹. Quanto à dignidade humana, o desafio é ainda mais grandioso por se tratar de um tema de pouco consenso jurídico e de conteúdo deveras subjetivista a depender de quem o analisa e, por isso, será tratado em apartado.

Assim, o tratamento teórico dispensado aos direitos humanos e seus consectários pode ser encarado sob uma perspectiva que releva a figura da libertação do sujeito e sua respectiva submissão à lei e outra de cunho institucional, cuja manifestação emerge sob a forma de

¹¹MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o delineamento constitucional de um novo conceito de cidadania. RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos** - Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006 (p.387-440), p.398.

discurso na seara do Direito Interno e Externo¹². O resultado prático dessa delimitação é o abandono dos pressupostos fabricados e vinculados à construção de um senso comum que rebaixa e desqualifica tais direitos ao compreendê-los como aplicáveis aos humanos ‘direitos’ ou a apenas certas categorias de pessoas, por exemplo. Ainda nesse viés lógico, outra consequência aferível é o esclarecimento de que uma análise filosófica do assunto nem sempre encontra abrigo na conciliação com aspectos menos abstratos, quais sejam: violações explícitas e factuais desses direitos. Afinal, a gênese e a natureza das regras jurídicas traduzem uma visão deontológica do mundo e essa natureza não exclui a realidade, antes se propõe a ser instrumento de transformação e de melhoria de vida global.

O prestígio à sinceridade jurídica revela que os desafios propostos ao direito internacional dos direitos humanos superam as discussões embasadas em argumentos emocionais ou sem reconhecimento normativo. Eles referem-se à eficácia e à efetividade dos direitos do homem insitivamente desde a mais simples ação privada até a incorporação do direito internacional aos sistemas jurídicos e judiciais nacionais, à operacionalização das novas modelagens de intersecção e de diálogo entre ordens jurídicas transversais, nacionais, internacionais e comunitárias, à noção do alcance conceitual desses direitos, mas, sobretudo, ao compromisso da sociedade internacional, por intermédio da atuação dos tribunais internacionais e Cortes Internas, em administrar os conflitos advindos da negação dos seus efeitos verticais e horizontais. O papel da jurisprudência, portanto, é de conexão entre os conceitos abertos e elásticos das prescrições normativas constantes em tratados e declarações internacionais e a colisão fática de direitos humanos (ou fundamentais), além de igualmente de fazer as ponderações adequadas quanto ao rigor e à vaidade da soberania nacional frente ao caráter progressista e, por vezes, dirigente dos direitos humanos.

Nesse ponto há de se registrar e reafirmar a importância das percepções teóricas dos direitos humanos, inclusive no intuito de evitar subjetivismos decisionistas tanto na perspectiva de abordagem e de proteção dos direitos pela jurisprudência interna quanto na insegurança jurídica promovida pelas Cortes Internacionais, de modo que, considerada a eficácia e a não linearidade de abordagem dos direitos humanos, o robustecimento de uma teoria geral na ordem internacional calcada no pragmatismo jurisprudencial fornece distinta contribuição ao seu processo de compreensão e de concretização¹³.

¹²DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.6.

¹³RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.30-32.

O estudo dos Direitos Humanos não se subsume, dessa forma, ao aspecto histórico-teórico, conceitual ou classificatório de suas categorias em dimensões ou em gerações, conforme o fez Karel Vasak, em 1979, mas recai em uma discussão mais espinhosa que conecta os fundamentos filosóficos e políticos e a efetividade dos direitos humanos. Em sede internacional e, particularmente, quanto ao comportamentalismo Estatal na seara de controvérsias extrafronteiriças, a problemática diz respeito ao preceito de aceitação, para si, do mesmo critério de justiça punitiva aplicado ao outro, configurando uma deficiência de ação ética – em termos de alteridade – internacional caracterizado na acusação de violações de direitos humanos e exigência de julgamento pelos Tribunais Internacionais, mas a recusa em aceitar o mesmo julgamento dos seus nacionais pelos referidos órgãos.

No mesmo cenário, a discussão das proteções e dos direitos individuais se restringem a uma cúpula que detém o conhecimento e os mecanismos de controle e de defesa desses direitos, cujo fruto imediato é a romantização dos direitos humanos e a não educação populacional quanto à sua reivindicação e o seu cumprimento. O efeito real desenha um quadro de politização dos direitos humanos (que possui um campo específico de conflitos, de influência, de normatividade e de ação judicial), cujo resultado prático afasta-se dos princípios mais mezinhos de justiça igualitária e de acesso à direitos, mas implica um verdadeiro distanciamento entre o discurso e a prática¹⁴, conforme alertado artisticamente pelo cantor argentino Chaqueño Palavecino: *del dicho al hecho hay un largo trecho*.

Inicialmente, se a pretensão é a discussão das tensões de conteúdo entre o universalismo e o interculturalismo, há de se definir um conceito mínimo que seja a base comum entre ambas visões sobre o instituto. Uma síntese que não desperta maiores querelas de alcance ontológico, mas não menos verdadeira, encara os direitos humanos como uma abreviação, em termos de menção, dos denominados “(...) direitos fundamentais da pessoa humana (...), porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”¹⁵. Esses direitos consideram um conjunto de condições indivisíveis, complementares, que conferem materialidade uns aos outros e são aplicáveis ao ser humano. Desde a definição apresentada, poder-se-ia aprofundar a discussão quanto ao alcance, os valores, o conteúdo e o reconhecimento cultural de certos direitos como sendo humanos, por exemplo.

¹⁴GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica** – Matriz e Possibilidades de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p.22.

¹⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p.7.

Os marcos históricos genericamente afirmados como de reconhecimento aos Direitos Humanos apontam para a influência cristã, influenciada pela filosófica greco-romana. Muito embora as primeiras manifestações mais sistematizadas atinentes à naturalidade de direitos e de justiça sejam identificadas no pensamento greco-romano com a teoria da justiça legal de Aristóteles e a racionalização do jusnaturalismo estoico por Cícero¹⁶, a consolidação próxima da ideia de direitos imanentes ao indivíduo repousa nas Escolas Jusnaturalistas Clássicas (Medievais), que, influenciadas pela crença de um Deus, Cosmos ou simples ordem natural, devidamente arranjada e harmônica, irradia valores e propugna a ideia de compatibilidade das leis humanas com as leis metafísicas não escritas. Santo Agostinho, Tomás de Aquino e Hugo Grócio deram os primeiros passos na construção de um lastro universalista para determinados direitos considerados como imutáveis e eternos, daí, afirmar-se que há uma evolução de um Direito Natural para Direitos Naturais, visto que estes existem em face de uma analogia principiológica.

Contudo, a história dos direitos humanos e seu fundamento filosófico têm indícios ainda mais longínquos. Fábio Konder Comparato, ao fazer estudo analítico sobre a evolução e afirmação dos direitos humanos, afirma que a compreensão da dignidade humana é fruto de um ato de remorso e de reflexão das civilizações diante da dor física e do sofrimento moral causado pelos genocídios e pelas barbaridades cometidas contra os semelhantes. O professor paulista complementa que, a cada ciclo de declarações de direitos, um salto tecnológico e científico se verificou, constituindo fatores de solidariedade ética e técnica, complementares e indispensáveis ao movimento de unificação humana, que atua dentro de cada grupo social, junto a outros grupos e com as gerações históricas¹⁷. Comparato divide a história dos direitos humanos em sete fases: período antigo, baixa idade média, no século XVII, a independência Americana e a Revolução Francesa, o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, primeira fase de internacionalização dos direitos humanos e a evolução a partir de 1945¹⁸. Visto de modo mais sintético, Norberto Bobbio se fixa em outra classificação histórica, que considera o raio de incidência e efetividade dos direitos humanos. Para o filósofo italiano, a primeira fase foi a dos direitos naturais universais, invocados pelas Declarações Francesas e Norte-Americanas, de 1789 e 1776, os Direitos Positivos Particulares, elevados à condição de direitos públicos subjetivos com o movimento

¹⁶DOUZINAS, 2009, p.63.

¹⁷COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.38.

¹⁸Ibid., p.41-58.

constitucionalista e os Direitos Positivos Universais, materializados pela positivação dos direitos humanos nos tratados internacionais celebrados pelos Estados¹⁹.

Na visão mais minuciosa de Fábio Konder Comparato, no primeiro momento, verificaram-se algumas demonstrações de limitação do poder político dos governantes, a exemplo do reinado Davídico em Israel, ainda que a limitação se desse por uma autoridade divina, e da democracia participativa, direta e ativa Ateniense que conferia aos seus cidadãos a capacidade de participar, discutir e influenciar as decisões e disponibilizava um organizado sistema de responsabilização de governantes e de obrigatoriedade de prestação de contas pelos dirigentes públicos. Já a república romana caracterizou-se pela existência de órgãos que se controlavam reciprocamente, configurando uma espécie de governo moderado com substancial prestígio à representatividade da lei.

A fase seguinte (Baixa Idade Média), do século XI ao XII, tratou de resgatar valores e tendências relegados à indiferença nos séculos antecedentes (Alta Idade Média), em especial a limitação ao poder governamental como pressuposto de legitimação e de reconhecimento. Foi nesse período o advento da *Magna Carta*, de 1215, que prestigiou, predominantemente, os setores no clero e na nobreza que se pautavam pela valorização da lei. O ponto fulcral da Carta de João Sem Terra foi a liberdade, oposta, naturalmente, contra os governantes e as suas sanhas tributárias e de violação dos direitos da propriedade e da vida, que alguns séculos posteriores iriam ser estendidos a todos os homens, independentemente da sua condição social ou das diferenças de qualquer ordem.

O terceiro período se inicia com a deflagração do século XVII e a revolução política eclodida no continente europeu contra as tiranias monárquicas. O sentimento de liberdade arrefecido pelos ideais ingleses consignados no *Habeas Corpus* e *Bill of Rights* acabou sendo entoado pela burguesia rica, que encontrou um ambiente jurídico e institucional propício ao desenvolvimento do capitalismo industrial. É, nesse período, que se cristaliza a denominação liberdades civis e políticas para os direitos humanos.

Pela ordem cronológica, chega-se ao período eminentemente liberal, berço da Independência Americana e propiciador da Revolução Francesa. Na Europa e na América do Norte, as Declarações de Direitos da Virgínia e da Independência dos Estados Unidos, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, registraram, oficialmente, a primeira noção dos direitos humanos nos moldes hoje conhecidos. Àquela época, o universalismo, a imanência, a busca da felicidade (esta causa maior da razão

¹⁹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.30.

universal dos direitos do homem) já eram eleitas como intrínsecas e naturais à natureza humana, devendo ser reconhecidas em todos os lugares (muito embora essas Declarações tenham originado de movimentos locais de independência ou de ruptura de ordem jurídica continham mensagens universalizantes). Thomas Hobbes e John Locke, paradigmas teóricos do liberalismo, impulsionados pela pujança ontológica da liberdade, conferiram um aspecto mais individualista aos direitos naturais, no sentido de eliminar impedimentos externos capazes de afetar a autonomia decisória – submetida à racionalidade - do indivíduo. É nesse cerne que habita a contemporaneidade dos direitos individuais.

Entre a transmutação dos direitos naturais até os direitos humanos o mundo presenciou o rompimento da tradição jusnaturalista por intermédio de uma série de acontecimentos que, com as devidas particularidades, moldaram o caráter de historicidade de que gozam os direitos do homem. Em nome dessa característica, tem-se que eles não são perenes, mas estão vinculados a um processo histórico que determina a variabilidade de seus conteúdos normativos e morais de acordo com os elementos temporalidade e territorialidade, tal qual preleciona a tese de Norberto Bobbio das eras dos direitos²⁰. Ademais, conectado com o modelo de Estado que se consolidava, novas dimensões ou gerações de direitos surgiam, sem que uma excluísse ou suplantasse a que lhe precedia. Assim, durante o período liberal o enfoque se dava na proteção da liberdade individual e da propriedade privada, enquanto o Estado Social repercutiu nos direitos humanos prestacionais, a saber os sociais e os econômicos, os quais propiciaram um terreno suficiente para os direitos metaindividuais, que se reportam a grupos ou categorias de pessoas.

A emancipação decorrente das Revoluções Liberais inseriu o indivíduo humano numa posição de igualdade e de imparcialidade perante a lei, mas não considerou a diversidade das relações sociais reforçadas pela variação de poder econômico dos sujeitos. A tentativa de conferir tratamento absolutamente igualitário para um mundo tão mergulhado em profundas diferenças trouxe repercussões sobre a legião de trabalhadores que se amontoavam nas unidades fabris da Europa. As condições de trabalho ditadas pelo modelo produtivo denunciavam a inefetividade da liberdade como elemento absoluto e supremo, regente da vida em sociedade. A agregação dos pleitos trabalhistas em causas que congregavam o apoio da Doutrina Social da Igreja Católica juntamente com o crescimento das doutrinas marxistas pela Europa acabaram por influenciar o surgimento de leis e de Constituições que previam direitos

²⁰WOLKMER, Antônio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. Direitos humanos e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade. PRONER, Carol; CONTRERAS, Oscar (Org.). **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – In Memorian Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p.133.

mínimos econômicos e sociais, tal qual a Constituição Francesa de 1848, a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, em 1919. Categorizados como de segunda geração/dimensão, os direitos sociais tem, na sua origem, a intenção de promover o mínimo de igualdade material entre os sujeitos da relação empregatícia e, no caso dos demais direitos enquadráveis no critério da segunda dimensionalidade, promover a igualdade de acesso e de tratamento a bens econômicos e sociais que cooperem para a existência digna dos sujeitos.

A virada histórica da legitimação dos direitos civis, políticos, sociais e econômicos preparou o ambiente para a internacionalização dos direitos humanos, que se estendeu desde a metade do século XIX até o término da segunda guerra mundial e se manifestou por meio do direito humanitário e dos respectivos documentos internacionais, da atuação contra a escravidão e da regulamentação dos direitos sociais do trabalhador assalariado pela via de produção legislativa convencional pela Organização Internacional do Trabalho, cujo papel foi protagonista no processo de desenvolvimento da Liga das Nações que, posteriormente, viria a ser o embrião da Organização das Nações Unidas²¹.

Porém, uma detida análise histórica conclui que o avançar dos tempos não reverberou no alcance de melhores patamares de prestígio do homem perante seus pares. O século XX, em particular, provou a fragilidade normativa dos direitos do homem. Na primeira metade secular apontada, a humanidade testemunhava as mais vorazes formas de vilipêndio à existência do indivíduo. Atravessava-se uma crise de identidade do homem e da possibilidade de se enxergar o outro como semelhante, tal qual a dissipação de uma suposta ética convivencial. A intervenção das grandes potências, no final da década de 40, com a derrocada dos regimes nazifascistas, colocou em xeque a crença do modelo de sociedade que se tinha como viável. Nesse momento, a internacionalização e o surgimento de instrumentos jurídicos de proteção global (e, posteriormente, regionais) reforçaram a clássica defesa de uma validade universal dos direitos humanos. Chega-se ao último momento: o ano de 1945 e o fim da segunda guerra mundial. Nesse estágio, aperfeiçoa-se o ciclo de internacionalização dos direitos humanos e nasce uma nova compreensão acerca da dignidade humana que desemboca na juridificação dos chamados direitos dos povos e direitos da humanidade. Ademais, presencia-se uma intensa atividade produtiva no âmbito do direito internacional pela celebração de “dezenas de convenções internacionais (...) foram celebradas no âmbito da

²¹COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.56.

Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais, e mais de uma centena foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho”²².

A nova modelagem jurídica pós-guerra significou uma reformulação dos fatores constitutivos do Estado. Agora, sob os auspícios da dignidade humana, questões como soberania, validade e hierarquia das normas nacionais são reconsideradas. O contexto engendrado àquela época reivindicava um posicionamento mais firme quanto à percepção do ser humano. No universalismo contemporâneo, a roupagem normativa dos direitos humanos reúne não apenas as já conhecidas bases de direitos mínimos e intrínsecos à figura do homem, mas a indispensabilidade da extensão no que tange à compreensão do núcleo e da gramática desses direitos a todo e qualquer ser humano, independentemente do local e da estrutura social a que esteja submetido. E foi nesse ambiente de combate ao senso de banalização do mal, conforme asseverava Hannah Arendt, que os primeiros documentos relativos aos direitos humanos foram elaborados, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981).

Após 1945, vários tratados internacionais foram celebrados no intuito de resguardar, reconhecer e institucionalizar sistemas regionais e globais de proteção aos direitos humanos, por vezes, envolvendo o aspecto das categorias clássicas conhecidas, ou no campo dos novos direitos, interligados com os ideais de fraternidade e de solidariedade, *e.g.*: o direito ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio genético, ao desenvolvimento e à paz, ou movidos, ainda, por um critério de regionalidade que objetiva apreender valores universais, mas de aplicabilidade comum em determinada região ou bloco geográfico (Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, e Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969). A sucessividade legislativa em matéria de direitos humanos justifica-se pela abertura axiológica e deontológica desses direitos. A saída do legalismo estrito para uma nova ordem principiológica de percepção desses direitos permitiu uma abertura de fontes do Direito Internacional Público, conforme dispõe o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ao declarar que os costumes e os princípios gerais de Direito integram esse ramo jurídico, motivo pelo qual a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora sua natureza seja de recomendação, isto é, não vinculante, é defendida como sendo de *jus cogens*.

²²COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.57.

É também em razão desse fato que se verifica o caráter dirigente dos direitos humanos, tidos como um projeto para o futuro, em constante processo de construção e de efetivação, funcionais como uma bússola à humanidade, estabelecendo historicamente novas diretrizes de existência e de rumos a serem seguidos sem que importe em secção com outros direitos pressupostos, indivisíveis e interdependentes.

É bem verdade que esse processo de internacionalização, guiado mediante a condução criativa da Organização das Nações Unidas, a posição de supremacia das potências econômicas e bélicas ou, ainda, com a propagação de valores tipicamente ocidentais é alvo de severos disparos argumentativos em contrário por carregar consigo um gene de dominação cultural, segundo entendimento esposado precipuamente pelas teorias críticas dos direitos humanos, mas também demonstrado na própria práxis de condução e de criação dos documentos internacionais. Ainda em 1948, período áureo da sensibilidade mundial referentes aos recentes fatos ocorridos nos conflitos bélicos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada por unanimidade, mas “(...) os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul se abstiveram de votar”²³. Isso denota uma divergência implícita relativamente aos direitos encartados como humanos universais, mas que por ordens diversas assim não são ou assim não foram reconhecidos por tais Estados e implica uma consequência de ordem mais relevante do que a prescrição normativa desses direitos: sua efetivação. Sabe-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos depende do ajuste de vontades e do comprometimento dos Estados Nacionais no respeito à integridade desses direitos, na não interferência indevida e no processo de educação e de politização contributivo para a cultura dos Direitos Humanos. Sem a submissão dessa soberania aos ditames da ordem e da responsabilidade internacional, tal qual a incorporação dos tratados no direito interno, resta apenas uma prática discursiva desprovida de utilidade social e relegada ao rol de mais uma promessa utópica lançada em um verdadeiro mar do esquecimento. Aliás, frise-se que as controvérsias discursivas sobre os direitos humanos tem servido mais como uma nuvem de fumaça a encobrir a sua concretização do que propriamente uma preocupação em questionar os limites de seu alcance. As boas intenções de observância são motivos de inquietude, inclusive, alegados por regimes reconhecidos como autoritários, que invocam o cumprimento desses direitos, mesmo sob a

²³COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.226.

égide das interpretações mais particulares e risonhas possíveis, contribuindo, assim, para a consagração utópica referente a categoria dos direitos humanos²⁴.

Em última instância, o ponto nevrálgico da discussão dos direitos humanos e sua efetivação caminha, necessariamente, por duas problemáticas a serem enfrentadas. A primeira diz respeito ao conceito de dignidade como elemento moral constitutivo dos direitos humanos e a segunda toca o aspecto de universalidade desses direitos. O esclarecimento desses pontos fulcrais antagônicos entre os universalistas e os relativistas, no intuito de delimitar metodologicamente as distinções teóricas entre uma e outra vertente, será tratado no itens a seguir. Somente com as principais diferenciações definidas será possível aplicá-las isoladamente ao mundo do trabalho.

1.2 PREMISSAS TEÓRICAS DO UNIVERSALISMO: A DIGNIDADE E O TRANSNACIONALISMO COMO COLUNAS DOS DIREITOS HUMANOS

Ao se deparar com grande parte dos escritos sobre direitos humanos, não raro os questionamentos e as problemáticas de pesquisa partem dos pressupostos adotados pelos instrumentos e sistemas internacionais (globais e regionais) de proteção a esses direitos. As mencionadas instituições e regras são o fruto de sequenciadas constatações da necessidade de se estipular um padrão mínimo civilizatório aplicável em sede mundial. Trata-se da concepção universalista sobre os direitos humanos e de suas repercussões no tratamento de questões que envolvem tópicos dos mais simples aos mais densos, a exemplo da soberania estatal e da efetividade do direito internacional.

O pensamento universalista encarrega-se de enfrentar problemas locais ou regionais sob uma perspectiva normativista que considera determinados primados como inerentes, indivisíveis, interdependentes, irrenunciáveis, imprescritíveis e transnacionais. É na aplicação desses critérios, traduzidos sob a modelagem de características dos direitos humanos nos manuais e nas leituras especializadas, que nascem as dúvidas e as críticas naquilo que é afeto à forma como a fiscalização desses direitos é operacionalizada ou, ainda, em como se relativiza (o universalismo) a cogência dos Direitos Humanos no tratar de questões que envolvam nações com potencial bélico autoexplicativo.

Para o franqueamento de espaço crítico e teórico às teorias contestadoras do universalismo, é de bom alvitre o recorte dos pontos fulcrais que erguem as suas colunas

²⁴BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2.ed. ver. Amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.32.

argumentativas. O primeiro deles diz respeito ao valor-mor abraçado pelos Direitos Humanos e seus desdobramentos filosóficos.

O Direito contemporâneo tem como fonte material primária o fato social. Esse, por sua vez, é normatizado desde a escolha de valores pré-fixados e tidos como orientadores axiológicos das regras jurídicas, bem como de sua aplicabilidade. O valor, não obstante nasça no espírito humano, “é apto a acionar nesse mesmo espírito, como que de revés e quase simultaneamente, os mecanismos admiráveis da adesão, do aplauso, da aceitação ou do afeiçoamento [...]”²⁵. Tem-se, então, que, disseminados em enunciados textuais ou em sistemas jurídicos, há valores, que o alimentam e lhe dão sustentáculo. Interpretar sem observá-los é esvaziar a própria norma do que deveria ser a sua essência²⁶. Afinal, a positivação dos valores, mediante princípios ou regras, é apenas o meio responsável por lhes atribuir normatividade.

Por outro lado, a abundância de representações decorrentes dos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada (e, possivelmente, malbaratada), caso tal miríade de compreensão interpretativa constitucional seja reduzida a uma dimensão simplista de inclinação meramente valorativa²⁷. Não se pode negar a influência de determinações de ordem axiológica nas disposições constitucionais, mas é indispensável o cuidado para não se autorizar a redução da polissemia interpretativa constitucional ou de quaisquer regras que disciplinem temas de Direitos Humanos à Teoria de Valores, sob pena de vilipendiar a objetividade do próprio ordenamento jurídico como um todo esquemático²⁸.

A busca por uma mediania analítica e de valoração é condição precisa para um estudo moderado acerca dos direitos humanos. Debruçar-se sobre a teoria de tais direitos por intermédio de uma lente estritamente valorativa ou dogmática prepara uma consequência perigosa para a concretização e o respeito aos direitos humanos. Todavia, esse esclarecimento não elimina a circunstância da presença de um valor universal ser o primeiro elemento hasteado pela doutrina globalizante.

²⁵FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.20.

²⁶Falcão ainda classifica os valores quanto à amplitude (universais, sociais, nacionais e particulares), ao tempo (permanentes, duradouros e efêmeros), à legitimidade (positivos ou negativos) e quanto à matéria (morais, políticos e econômicos).

²⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p.214.

²⁸Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A Constitucionalização da Solução Pacífica de Conflitos na Ordem Jurídica de 1988**. 1. ed. São Paulo: All Print, 2013, p.135.

Pode-se afirmar que o valor fundamental propalado pelos teóricos universalistas é a dignidade humana que, dotada de um conteúdo mínimo, revela-se como um conceito amplo, como valor intrínseco ao ser humano, de distintas interpretações (as mais elásticas e protetivas possíveis), tangente às democracias.

O primeiro ponto de tensão nos debates das teorias dos direitos humanos posiciona-se na exposição do que seja dignidade humana. Ainda que não cunhada pelo termo dignidade, desde os tempos antigos, os autores greco-romanos e, além fronteiras, os da cultura ocidental já discorriam sobre a noção de dignidade. Situada na seara axiológica, sua análise varia de acordo com o referencial e a perspectiva adotadas, destacando-se três grupos: os que a consideram um valor transcendental e prévio (Cícero, Pascal, Kant, Levinas, Mounier e Gabriel Marcel), de inspiração mais jusnaturalista, absoluto e inalienável; os imanentistas (Hegel, Marx, Taine e Durkheim), que a analisam sob um ângulo historicista, segundo o qual são condições exógenas que determinarão a evolução e a conquista; os céticos (Lévi-Stauss e Skinner), para os quais não existe uma suposta superioridade humana relativa aos animais, sendo mera ilusão ou existente para outros fins que não a própria humanidade²⁹.

Na sistemática neopositivista e carregada pelo movimento da internacionalização dos direitos humanos, a dignidade humana é metarregra, princípio, fundamento e valor básico dos Estados Democráticos de Direito. Portanto, não se concebe a existência de um sistema democrático que não tenha a figura do homem como fim. Ocorre que o conteúdo integrante da dignidade é o ponto de partida para a concreção, a criação e o entendimento dos direitos humanos, de forma que ainda que existam percepções distintas acerca de sua manifestação, é fundamental que se fixe um núcleo básico conceitual de aplicabilidade e de compreensão, muito embora a fixação de um conceito jurídico de dignidade seja alvo de críticas em razão da ampla complexidade de áreas da vida e da profundidade filosófica que o assunto envolve, de modo que não seria possível plasmar um acerto linguístico capaz de sintetizar o que é digno em face da elasticidade, porosidade e ambiguidade do termo, que se torna mais complexo por não se tratar de uma ou duas áreas da vida humana, mas de característica valorativa imanente ao próprio ser humano. Logo, improvável ou inadequado conceituar a dignidade, mas, apenas por sensibilidade jurídica, reconhecer como indigno tudo o que rebaixa a humanidade do ser a uma coisa e o transforma de finalidade e sujeito de direitos em mera instrumentalidade a serviço de outrem. De certo modo, a polissemia ontológica da dignidade advoga em favor da

²⁹MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade** - Ensaios filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.45-103, p.119-143, p.25-127.

própria defesa dos direitos humanos por não restringir o caráter de autoconstrução e de evolução que os permeia, configurando uma categoria de direitos mais aberta e fluida, que não se apega definitivamente ao primado mitológico da legalidade estrita como tábua de salvação social e se conecta com uma modelagem menos rígida, mais assemelhada a uma estrutura em espiral.

Mesmo diante da plausibilidade do argumento acima descrito, um sistema jurídico que pretenda promover e proteger a dignidade humana não pode se furtar ao menos a tentar entendê-la nas suas variadas dimensões. Nesse ponto, o papel da jurisprudência das Cortes Constitucionais é de fundamental importância por imprimir um aspecto interpretativo, integrador e de aplicabilidade prática às múltiplas concepções tangentes à dignidade. Tida como um dos fundamentos da República e prevista no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, a dignidade da pessoa humana tem sido sustentáculo nos julgados de cunho constitucional (originários e recursais) e na fixação dos precedentes e do direito sumular do Supremo Tribunal Federal quanto aos mais variados temas, entre os quais se destacam o exercício do direito de defesa no direito processual penal (Súmula Vinculante 14, STF), a utilização de algemas em casos expressos (Súmula Vinculante 11, STF), as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias³⁰ e a liberdade de trabalho como fundamento da dignidade do trabalhador³¹. O Tribunal Constitucional Federal Alemão segue a mesma linha, pois crava a dignidade como o ponto de partida dos direitos fundamentais e a insere no centro gravitacional valorativo de todo o sistema jurídico germânico. Mais: é um princípio constitutivo basilar, pré-positivo, que permite o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no âmbito comunitário e que resulta em um dever geral de defesa sem ter que, para tanto, invocá-la de modo inflacionário, panfletário, cuja consequência imediata reverbere em sua transmutação em uma fórmula vazia³².

Dada as diversas formas possíveis de assimilação da dignidade humana, tem-se sua manifestação em planos diversos e simultâneos, elidindo a concepção de que seria um dado

³⁰ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.

³¹“A ‘escravidão moderna’ é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento a liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa ‘reduzir alguém a condição análoga à de escravo’.” (Inq 3.412, rel. p/ o ac. min. Rosa Weber, julgamento em 29-3-2012, Plenário, DJE de 12-11-2012.)

³²HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade** - Ensaios filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.45-103, p.54-57.

objetivo, estanque e autoexplicativo. Suas acepções são múltiplas e complementares, conformando um núcleo de direitos e de mandamentos positivos e proibitivos inteiramente convergentes para a civilização do homem. Assim, pode ser decodificada como um comando de não instrumentalização e objetificação humana (vedação de tratamento indigno), como atributo inerente a todos os seres humanos – iguais em dignidade -, como prescrição e aspiração normativa (dever-ser), configurada sob um projeto de exigência moral para a humanidade, como um valor informativo, interpretativo e integrador do ordenamento, como um princípio constitucional e, por fim, como um direito fundamental³³. As polimorfias assunções da dignidade, portanto, representam a precariedade de qualquer tentativa de sintetizá-la em uma única definição ou característica e, caso se deseje compreendê-la na sua mais fiel intenção quanto aos fins do projeto de sustentação política de uma comunidade, recomenda-se a reprodução do conceito de dever fundante explicativo da ética pública, política e jurídica de Peces-Barba, para quem “(...) a dignidade não é uma característica ou uma qualidade da pessoa que gera princípios ou direitos, mas um projeto que deve realizar-se e conquistar-se”³⁴.

Afora as tradicionais dimensões protetivas consagradas na literatura³⁵, Sarlet elenca quatro níveis de cognoscibilidade acerca da dignidade: a dimensão ontológica, a dimensão comunicativa e relacional e a dignidade como perspectiva histórico-cultural³⁶.

No primeiro nível, o professor gaúcho expõe que a dignidade não se restringe a um dado meramente biológico, antes abrange um espectro espiritual e moral também inerentes à pessoa, que, em conjunto, permitem não apenas o reconhecimento de uma identidade ou de uma preservação natural, mas conduzem à autonomia e à autodeterminação de cada pessoa no processo de resolução de sua conduta, de acordo com o que considera adequado, nos termos

³³CAMACHO, Walter Gutiérrez; SACIO, Juan Manuel Sosa. De la persona y la sociedad. CAMACHO, W. G. (org.). **La Constitución Comentada** – Tomo I – Análisis artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p.27-41.

³⁴PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Dykinson, Madrid, 2003, p. 68.

³⁵São elas: unidade entre defesa e proteção e entre liberdade e participação (direito público subjetivo do indivíduo oponível ao Estado e à sociedade e prestacional deste para com o sujeito), proteção jurídico-material, proteção material e ideal da dignidade e proteção de conteúdo e organização. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade** - Ensaios filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.88-91.

³⁶SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Dimensões da dignidade** - Ensaios filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.15-43.

da moral de matriz Kantiana, largamente adotada pelas teorias universalistas dos direitos humanos³⁷.

A dimensão comunicativa e relacional, por sua vez, acarreta o reconhecimento comunitário e intersubjetivo da dignidade do outro decorrente do valor intrínseco que cada indivíduo detém, tornando-o credor de respeito no âmbito de sua comunidade³⁸. Em terceiro plano, surge a dimensão da dignidade como construção histórico-cultural, “(...) fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade de seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente”³⁹. É também dentro dessa categoria que se distingue a dignidade humana, reconhecida a todos, da dignidade do ser individualmente considerado nas suas feições morais e sociais, podendo, em uma situação concreta, haver violação a uma e não a outra.

Por fim, Sarlet confere um limite e uma tarefa à dignidade na perspectiva de uma dupla dimensão: autodeterminação das decisões e de proteção (assistência) pelo Estado e pela comunidade, podendo a segunda se sobrepor à primeira quando houver dificuldade ou inviabilidade na manifestação de vontade responsável pelo agente, tal qual no caso de incapacidade superveniente que impeça a tomada de decisão em relação a tratamento médico, cuja manifestação será expressada por um eventual curador quando, todavia, permanece o direito ao tratamento digno⁴⁰.

O estudo das dimensões da dignidade não se encerra em si. Se a dignidade de pessoa humana é o fundamento maior dos Estados Democráticos de Direito o pressuposto para a discussão de seu conteúdo, inclusive, cultural, perpassa, necessariamente, por essa proposição comum. Ineficazes comprovam-se as especulações e os embates científicos quanto aos direitos humanos caso não conjecturadas em níveis e esferas pública e privada democrática semelhantemente. Ora, se as dimensões protetivas demandam atos comissivos e omissivos estatais de resguardo da liberdade conferida aos sujeitos para que se deslinde condutas autônomas, somente em um ambiente de soberania, no qual se assegure a manifestação da personalidade desprendida, a expressão dignidade apodera-se de sentido. Isso, todavia, não indica que a ausência de um regime democrático atua como natural excludente desse valor intrínseco ao sujeito, até porque, assim fosse, a dignidade seria uma benesse estatal submetida

³⁷SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Dimensões da dignidade** - Ensaio filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.22.

³⁸Ibid., p.26-27.

³⁹Ibid., p. 28.

⁴⁰Ibid., p.30.

às aleatoriedades do rompimento de ordens jurídicas, de governos arbitrários ou de reformas legislativas. Sabe-se que, definitivamente, ela não depende de tais intempéries políticas e sociais, em razão do seu aspecto prévio, todavia o ente político encarregar-se-á, obrigatoriamente, de preservá-la. Por esse motivo, em um confronto entre o critério jusnatural valorativo da Teoria da Dádiva, de Hasso Hoffmann, com o prestacional, mesmo a dignidade sendo imanente ao sujeito, ela pode ser perdida⁴¹.

Do ponto de vista da finalidade, a dignidade humana possui três funções primárias – enquanto um valor fundamental: justificação moral, fundamento normativo dos direitos fundamentais⁴² e interpretativa⁴³. A primeira manifesta uma razão de ordem moral para a existência dos direitos humanos, sendo influenciada pelo pensamento Kantiano e, por fim, sua ética elege a categoria da autonomia como fundamento da dignidade. Para o filósofo alemão, ao lado do imperativo categórico e sua possibilidade de ser determinante do agir ético (tal qual a determinação da humanidade como um fim de todas as coisas), a autonomia é um dos conceitos que se comunica com a dignidade, podendo a primeira ser definida como a vontade submetida à razão do indivíduo, essa materializada como representação universal das leis morais. Assim, em resumo, tem-se que uma conduta moral deve se calcar na possibilidade de transformação num agir universal, evitando que o homem seja instrumentalizado por projetos alheios⁴⁴.

A concepção de dignidade defendida no pensamento de Kant presume a de liberdade e de autonomia. O ser humano só é livre se houver dignidade e digno se for livre. A correlação apoia-se na racionalidade e na autonomia da vontade invocada por Tomás de Aquino, segundo a qual, é a razão que permite afirmar que os homens são livres. Por conseguinte, a autonomia kantiana, premiada pelos Direitos Humanos, conecta-se a uma observância de

⁴¹HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade** - Ensaaios filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.73.

⁴²É impertinente a este trabalho discurrir sobre as teorias que diferenciam direitos fundamentais de direitos humanos. Entende-se, para os efeitos aqui considerados, que o núcleo jurídico de ambos é idêntico, restando como maior diferenciação entre um e outro a internacionalização de sua normatividade. Muito embora existam expressões variadas para tratar do mesmo tema (liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, direitos do homem, direitos fundamentais ou direitos da pessoa humana), adota-se a compreensão de que tais direitos englobam um conjunto de condições mínimas reconhecidas aos homens, independentemente do termo que carregam consigo. Questões de outra ordem revelam-se como um debate mais de ordem retórica do que pragmática. Para conhecimento específico sobre o item Cf. PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

⁴³BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.) **Estudos Avançados de Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.433-435.

⁴⁴Ibid., p.437.

dever moral universal e não, exclusivamente, que atenda aos anseios internos do indivíduo, somente se presenciando liberdade caso a ação humana esteja consoante com a razão e não à razão particularizada⁴⁵. Particularmente à noção de direitos humanos, afirma-se que a melhor demonstração de vontade como expressão de uma razão universal apresenta-se no elemento da alteridade dos direitos humanos, traduz-se: na capacidade de enxergar o outro como sujeito de direitos e merecedor de respeito e proteção, encarado em um cenário de anseio ético, entretanto, uma ética da insatisfação, aspirante a culminar um bem não alcançado⁴⁶.

A segunda provocação a ser enfrentada perpassa pela universalista dos direitos humanos que se relaciona diretamente com a própria ideia de dignidade. Só há uma proposta de desterritorialização aplicativa dos direitos humanos, originada da compreensão de que todos os sujeitos são iguais em valor e portadores desse valor fundamental. Na previsão preambular da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é apontado como o alicerce dos valores gerais de Direito: liberdade, paz e justiça. Uma leitura da primeira fase do prólogo da Declaração, em consonância com os artigos que seguem, denuncia o modelo universalista do texto sob o manto da existência de valores prévios, superiores, os quais são elementos constitutivos dos direitos mais mezinhas dos homens.

A crítica direcionada a tais valores pode sorver de variados referenciais, porém, dentre eles, um capta atenção teórica – a visão Marxista sobre a moralidade – por trabalhar com o conceito de relativização histórica da moral e a consciência de classe. Enquanto a percepção universalista concentra seus esforços na pessoa do homem como ser individual, o referencial Marxista reduz a ética e a moral aos ditames do sistema de classes, sendo indiferente com a construção de “(...) um sistema ou de como a moral deveria ser, o que implicaria numa moral normativa ou moral de segunda ordem, entendida esta como um discurso prescritivo sobre uma moral a ser constituída”⁴⁷. Figura insustentável deduzir que um modelo classista seria capaz de oferecer soluções para as imbricadas e complexas demandas geradas pela

⁴⁵MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade** - Ensaios filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.133.

⁴⁶SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana** [online]. 2006, vol.12, n.1, pp. 207-236, p.236.

⁴⁷FEITOSA, Enoque. Ética e Direito: acerca da (suposta) existência de valores prévios e superiores na forma jurídica. FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; SILVA, Artur Stamford; CATÃO, Adualdo; RABENHORST, Eduardo (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol.2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p.36.

modernidade quanto ao ser humano⁴⁸. Vilanizar a moral burguesa como alternativa argumentativa ao tratamento de problemas concretos, reais e que demandam a compatibilização entre a atuação do modelo de Estado vigente e a garantia máxima de emancipação individual⁴⁹ é atitude inócua frente ao tamanho de providências de implementação de direitos básicos que o mundo requer.

Diferentemente do que preconiza (ou deseja) a Declaração, os ideais de consciência da humanidade, a noção do homem comum, o respeito universal aos direitos humanos não estão bem definidos em sociedades desiguais, com abissais e históricas estruturas de convivência, dotadas de uma ética própria (por vezes, influenciada por dogmas religiosos milenares). Entretanto, em face do seu caráter orientador, a Declaração, paradigma da dignidade humana, reclama interpretação cujo ponto de partida valorativo do tratamento do tema precipuamente considera todas as condições mínimas de existencialidade como direitos de todos, ainda que inseridas em contextos sociais dos mais variados.

Por consequência a essa constatação normativa, apresentam-se como compreensões complementares: a transnacionalidade e a universalidade. A primeira se apropria de uma noção mais territorial, posto que, segundo ela, os direitos humanos devem ser assegurados, reconhecidos e protegidos em todos os Estados a qualquer pessoa, independentemente da nacionalidade do destinatário⁵⁰. Desse atributo emerge a ligação de igualdade que entrelaça os sujeitos globais, vinculando e tornando exigível a dimensão protetiva dos direitos humanos.

O segundo aspecto decorre da presunção que os direitos humanos são inerentes ao homem, incondicionais, aliada a sua promoção e proteção verificarem-se independentemente de distinções fundadas em nacionalidade, sexo, raça ou convicção política⁵¹ e possuir tamanha solidez que, em 1993, na Declaração de Viena, constou afirmação no sentido da incontestabilidade da natureza universal dos direitos e da liberdade do homem. A universalidade é um conceito ambivalente. Ontologicamente, o universal refere-se ao alcance do gênero específico de todas as espécies ou modalidades de determinada categoria. O gênero

⁴⁸ Advirta-se que a crítica Marxista à moral vigente significa uma desconstrução da moral 'burguesa' e prestigia o fator social, o trabalho e a luta de classes como categorias capazes de prescreverem uma moral alternativa à ética normativa. Em razão disso, questiona-se o reducionismo teórico da figura do indivíduo em nome do coletivo nas teorias marxistas, de modo que a aplicabilidade de suas propostas de eticidade acabam por confrontar todo o conjunto de ações que tiveram por escopo recolocar o homem no centro das discussões e proteções jurídicas, desde os direitos mais clássicos (civis e políticos) até aqueles que se voltam para grupos específicos, tais como os imigrantes, ou dizem respeito ao patrimônio genético.

⁴⁹ A emancipação do indivíduo é tema controverso no pensamento marxista, pois a categoria não é tratada com o mesmo critério metodológico que outras vertentes o fazem, chegando-se a afirmar que só seria possível tal libertação pelo desaparecimento das classes e vitória do proletariado.

⁵⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Direito do Trabalho como dimensão dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2009, p. 61.

⁵¹ Ibid., p.55-56.

ora aludido é o conjunto de tudo que há no espaço-tempo⁵². Na visão lógica, a melhor opção vê-se refletida no tratamento do termo no plural, enquanto ideias genéricas, a exemplo da ideia de homem contida no consciente da humanidade. Consequentemente, a aceitação do universalismo depende da absorção da ideia de dignidade como uma incorporação cultural e individual de validade objetiva⁵³.

Tanto a dignidade quanto o caráter universal/transnacional são objeto de acalorados debates e críticas por parte dos relativistas culturais. A inserção do direito à integridade cultural como limitação à ferocidade universalista ocidental é um dos leques de atuação metodológica das vertentes mais céticas quanto aos direitos humanos e sua moral universalista. A relegação do etnocentrismo europeu a segundo plano e a análise das estruturas próprias de cada corpo social (e seus respectivos valores contextuais) ocupa espaço prioritário entre os relativistas. Frise-se, entretanto, que as linhas de defesa de uma e outra corrente tem sua intensidade indexada à ideia de direitos humanos, atestando patente um universalismo mais radical e outro mais fraco.

A tipologia radical está associada às ideias mais liberais e rejeita a cultura como relevante na configuração dos direitos e das regras morais. Fundamenta-se na razão moral individual ou puritanista que desconsidera a inserção social do sujeito e da cultura na sua determinação constitutiva, tido por autossuficiente e atomizado frente ao contexto no qual está inserido. O efeito prático em enxergar o indivíduo como atento unicamente à satisfação de seus desejos sensíveis, nos termos propostos por John Locke, esvaziaria uma fundamentação universal para direitos humanos sociais, por exemplo⁵⁴. Na sequência, o universalismo forte propugna a dignidade no centro inspiracional de validade da moral e do direito, que contém no seu agir um aspecto emocional e outro racional, porém sem servir a um aspecto instrumental, mas sim de finalidade, que permite a inserção da alteridade e de uma teoria dos direitos sociais universais. Em sua vertente débil, o universalismo reconhece, na dignidade e na cultura, a validade da moral e do direito ou apenas o elemento cultural sendo a fonte de fundamentação, desde que situada em uma posição absolutamente dialógica com outras

⁵²JAGUARIBE, Helio. *Universality and Occidental Reason. The Universal of Human Rights*: precondition for a dialogue of cultures – XVth Conference of the Académie de la Latinité. Rio de Janeiro: Educam, 2007, p.176-189, p.177.

⁵³A variação explicativa das ideias universais transita desde os Realistas, para quem as ideias são substâncias incorpóreas, aprendidas pela compreensão, passando pelos Nominalistas, que consideram o universal um mero termo genérico, chegando até os conceitualistas, cuja tese da ideia se sustenta na aquisição de sentido da palavra pelo manuseio do conceito, sendo universal o predicado conceitual. JAGUARIBE, 2007, p.178.

⁵⁴IKAWA, Daniela. *Universalismo, Relativismo e Direitos Humanos*. RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos** - Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006 (p.117-134), p.121.

culturas⁵⁵. Quanto aos relativistas mais próximos ao comunitarismo, a versão radical defende o elemento cultural como o único capaz de fornecer validade aos direitos e às regras acima anotados, subtraindo a importância das decisões, das identidades e dos valores individuais em detrimento da eleição do bem coletivo – comunitário⁵⁶. Por último, os relativistas fracos propõem a cultura como fonte secundária⁵⁷. O grau de radicalismo relativista, por conseguinte, influencia a forma, a qualidade, a interpretação e a implementação dos direitos humanos.

Em relação ao tema objeto dessa pesquisa, a diferenciação entre uma corrente e outra ganha força por permitir uma fundamentação dos direitos sociais globais. O universalismo radical não sustenta possibilidades para a efetivação de direitos sociais por focar em um individualismo autossuficiente e desconectado das relações culturais, o relativismo por isolar o sujeito dos valores individuais e da autonomia enquanto ser livre e digno não necessariamente movido por determinismo, de modo que o humanismo plural seja uma realidade viva. O universalismo desejado não é o da violação universal correspondente ao que se presencia diariamente, e sim uma parametrização de uma cultura de direitos humanos capaz de questionar eticamente os sistemas jurídicos nacionais, levando a legalidade a um nível moral⁵⁸. A criação de uma base comum entre os princípios dos direitos humanos e os sistemas legais abre um espaço de diálogo que se importa, não com as discussões metafísicas incapazes de promoverem soluções ou melhorias na qualidade de vida das pessoas, mas se concentra em torno de valores incontroversos sobre os homens e a sua existencialidade.

1.3 RELATIVISMO CULTURAL E DIREITOS HUMANOS: NOTAS SOBRE UMA TEORIA CRÍTICA

Conforme já se afirmou, todo o lastro normativo dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos e a teoria respectiva se posicionou em redor da dignidade da pessoa humana e do conceito de universalidade do conjunto de direitos que corroboram para a concretização daquela. O próprio desenrolar histórico de formação dos órgãos e das regras internacionais que cuidam dos direitos humanos, particularmente, no contexto pós-1945, com

⁵⁵ IKAWA, Daniela. Universalismo, Relativismo e Direitos Humanos. RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos** - Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006, p.123-124.

⁵⁶ Ibid., p.122.

⁵⁷ Ibid., p.117.

⁵⁸ LARRETA, Enrique Rodríguez. ¿Derechos humanos más allá del humanismo? Perspectivas para um mundo em transición. **Human Rights and their Possible Universality** – 19th Conference of The Academy of Latinity. Rio de Janeiro: Educam, 2009, p.191-206, p.197.

o protagonismo das potências ocidentais, suscitou o questionamento acerca do avanço valorativo de modelos sociais nem sempre compatíveis com realidades peculiares, que se manifestam historicamente de modo não necessariamente linear.

Assim, em contraposição ao predomínio da expansão ocidental dos valores relativos aos direitos humanos e a um imperialismo de costumes, de compreensão da vida e de como se deve viver, a refutação às teorias universalistas encontra abrigo no que se denomina de relativismo cultural, multiculturalismo ou interculturalismo. O termo multiculturalismo, utilizado pela primeira vez no fim dos anos 1950 e início da década seguinte, cuja pretensão ontológica reside no desejo de se manter em co-existência, em uma mesma sociedade política, grupos distintos com identidades próprias, rejeitando, portanto, a existência de uma moral universal, de uma individualidade isenta de traços sociais e culturais de pertencimento ou de racionalidade comum⁵⁹. Antes valoriza as diferenças, prestigia o realismo e crê que apenas medidas concretas e diferenciadas para cada grupo são capazes promover o progresso para os membros dos grupos. A nomenclatura justifica-se, porque, nessa perspectiva, os direitos humanos são enxergados como um produto cultural que se afirma de forma diferente a depender do lugar e da época, mantendo-se a noção de respeito à diferença como vetor determinante e formulador do conjunto de direitos aplicáveis aos indivíduos que integram certa nação. Assim, não haveria direitos humanos universais, e sim categorias de direitos do homem concatenados com a compatibilidade entre eles e as peculiaridades de sua própria formação cultural.

Um ponto nuclear que direciona as discussões relativistas remete-se à alteridade, ou seja, a possibilidade de colocar o outro ‘diferente’ em posição de tamanha importância que seja suficiente para ele mesmo ter seus valores consagrados como dignos de respeito e de proteção, tais quais os daquele que o observa. Por essa razão, a observação e o julgamento das atividades humanas somente fariam sentido se desempenhadas dentro de certos padrões culturais que guiam os agentes destinatários dos direitos e é nesse ponto que se justifica a relativização dos direitos humanos (ou, pelo menos, de sua densidade ontológica). Do contrário, cair-se-ia em um abismo de legitimação intervencionista do agente comunitário mais forte que se utiliza da moral que o alimenta para sustentar a manutenção das relações de poder e de influência que detém.

⁵⁹TAVARES, Quintino Lopes Castro. Multiculturalismo. LOIS, Cecilia Caballero (Org.). **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo** – a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy Editora, 2005, p.90-124, p.96-97.

Relativizar, nesse ângulo, para os defensores dessa corrente, significa admitir que um mesmo fato pode ser visto, explicado e interpretado por, no mínimo, duas perspectivas, sendo, todas elas, *a priori*, igualmente válidas, sem que importe o convencimento da existência de supremacia de valores superiores ou de uma cultura sobre a outra. Nem todas as culturas tratam de uma mesma casuística sob o mesmo véu da dignidade. Aliás, para os relativistas, a eleição de uma moral universal, incongruente com a coexistência de outras epistemologias, induz ao desdobramento de outras monoculturas: a do saber, com a elevação da ciência moderna como única fonte de conhecimento; a do tempo, com a rotulação de atrasado a tudo o que é dessintonizado com o escolhido como moderno; a da classificação social, fruto das hierarquias; a da escala dominante, com o privilégio de certas realidades globais; e a da produtividade, com a inferência das relações globais do capitalismo, que qualificam a esterilidade laboral como desqualificação profissional⁶⁰.

O relativismo, como expressão de uma teoria crítica (do que se reputa como correto e universalmente aplicável) dos direitos humanos, avista com bastante desconfiança qualquer tentativa de uniformização do conceito de dignidade desde os padrões etnocêntricos ocidentais capitalistas. Os capitães teóricos do multiculturalismo associam o fundamento existencial dos direitos humanos, ora ao expansionismo comercial e acumulador de capital, ora como reação àquilo que se considera indigno ao indivíduo. Além disso, põem toda a estrutura normativa universalista a serviço de interesses econômicos e políticos hegemônicos e a linha de louvação dos produtos culturais para tanto se calca no seu caráter espontâneo, que não traça as reais indispensabilidades de um povo de forma objetiva, pois isso seria uma ação em favor de uma ideologia⁶¹. Discorrer sobre direitos humanos – aos olhos dos relativistas – é invocar as desgraças promovidas pela revolução capitalista com toda a mania persecutória terceiro-mundista no intuito de desqualificar o discurso universal e afirmar que a teoria que os fornece substrato olvida as necessidades particulares de cada povo, na medida de sua vivência histórica. As linhas de argumentação são as mais variadas: há os que defendem a utilização dos direitos humanos como mecanismo de reversão de um fenômeno globalizador genocida a caminho de uma revolução popular nos meios de produção e de comunicação⁶², outros propõem portas de comunicação com culturas tidas como, tradicionalmente, opostas aos

⁶⁰BALDI, César Augusto. Da diversidade de culturas à cultura da diversidade. MARTÍNEZ, Alessandro Rosillo et al (org.). **Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 303.

⁶¹GÓMES, Manuel Jesús Sabariego. La globalización de las relaciones entre cultura y política: una nueva ecología de la identificación. MOURA, Marcelo Oliveira de (Org). **Irrrompendo no Real** – Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Pelotas, EDUCAT, 2005, p.114.

⁶²SERRANO, Antonio Salamanca. ¿Revolución de los derechos humanos de los pueblos o Carta Socialdemócrata a Santa Claus? MARTÍNEZ, Alessandro Rosillo et al (org.). **Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 135-156, p.154.

direitos humanos de origem ocidental e as percepções jurídicas desses sistemas sobre a dignidade⁶³.

Outra via crítica alega que a universalidade é uma questão particular da cultura do ocidente que se pretende global, enquanto as demais apenas consideram seus valores como mais abrangentes⁶⁴. Essa análise, liderada pelo professor Boaventura Sousa Santos, tece uma crítica contundente ao modelo vigente dos direitos humanos na raiz de sua validade territorial. Segundo Santos, os direitos humanos, com o fim da guerra fria, assumiram o papel de promover uma pretensa função de igualdade e de emancipação entre os homens, posto o fracasso do socialismo com o fim da guerra fria⁶⁵. Para que se compreenda essa nova função imperiosa a análise das crises entre os modelos de emancipação e de regulação social, entre o Estado e a sociedade civil e entre o Estado-nação e a globalização. As duas primeiras crises dizem respeito às novas exigências sociais quanto ao modelo de ação estatal, à política de emancipação no processo e à regulamentação e concretização dos direitos humanos. Porém, o ponto central da universalidade perpassa o cruzamento histórico entre Estado e Globalização. No raciocínio do mestre Português, a análise do fenômeno sob a ótica econômica é insuficiente para a compreensão dos seus efeitos plenos. O paradigma conceitual utilizado é o de uma ação local gerar uma influência global capaz de tornar outra condição alheia como local. Decorrem, daí, duas formas de globalização: o localismo globalizado e o globalismo localizado. A primeira, típica de países centrais/desenvolvidos, espalha seu modelo local em âmbito mundial, a exemplo do idioma inglês como língua universal. A segunda encerra práticas transnacionais no contexto local, materializado nas zonas de livre comércio nacionais⁶⁶. Como esses desdobramentos da globalização superam as modelagens tradicionais de atuação do Estado, a funcionalidade e a validade dos Direitos Humanos só serão efetivas se vistas como produtos multiculturais locais, sob pena de se ensejar na pecha de um universalismo ocidental. Portanto, esses direitos, em certos momentos, e tipologias interpretativas acabaram legitimando a ordem mundial que se iniciou desde o século XV, mas “em outros momentos e sob outras interpretações, desempenharam o papel de mobilização

⁶³Cf. ARKOUN, Mohammed. L’islam et les dialectiques et sociologiques. **The Universal of Human Rights: precondition for a dialogue of cultures – XVth Conference of the Académie de la Latinité**. Rio de Janeiro: Educam, 2007, p.459-463.

⁶⁴SANTOS, BOAVENTURA SOUSA. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n. 48, p. 11 – 32, jul. 1997.

⁶⁵Ibid., p.11.

⁶⁶Ibid., p.16.17.

popular contra a hegemonia das relações que o capital veio impondo durante seus cinco séculos de existência”⁶⁷.

As divergências entre universalistas e multiculturalistas são entoadas por argumentos de ordem filosófica e antropológica, mas aparentam ignorar os reais problemas das pessoas pendentes de resolução. Assim, os Estados que insistem em inserir, sob uma aparência de boa-fé, elementos culturais relativizadores de um mínimo existencial (ou o fazem de forma intelectualizada por estudiosos que optaram por produzirem uma pesquisa discursiva engajada, mas dispõem de acesso a todos os bens e os direitos que atacam como lógica ocidental) são os mesmos Estados que negam a seu povo expressão política e acesso à informação⁶⁸. Quem questiona ou se levanta contra as premissas de uma teoria de dignidade universal não são as vítimas da ausência ou violação desses direitos. Por isso, o debate a respeito do alcance desses direitos deve considerar a perspectiva de quem não pode deles usufruir, pois as necessidades básicas do homem, a violência contra ele praticada são universais. Se os Estados Ocidentais hegemônicos desrespeitam tais padrões de vida também caem na vala dos que merecem repreensão e punição, mesmo sabendo que a mudança comportamental em relação aos direitos humanos trilha o caminho de compromisso com a melhoria de vida das pessoas, e não pela consequência das sanções.

O embate sobre a dignidade humana entre universalistas e relativistas não diz respeito à sua exclusão como categoria teórica, mas ao modo como ela se constrói dentro de cada pensamento. A universalidade diz respeito à noção (ou intuição) dos direitos humanos e não deles *de per si*. Em ambos os pensamentos, há a intuição da dignidade do homem, mas a problemática é: em que consiste tal dignidade? Ou além: os direitos humanos, vistos como categoria, seriam compatíveis com todas as culturas? A dignidade humana ignora os paradoxos sociais disseminados nos diversos rincões do globo ou é jusglobalmente retilínea? A crítica quanto à pretensa universalidade valorativa dos direitos humanos pode ser igualmente aplicada à aspiração universalizante de cada produto cultural, pois, os costumes, a religião e o modo de vida refletem, dentre um plexo de possibilidades, a melhor escolha tomada e que pretende ser expansiva quanto às opções relegadas. A negação de elementos que estejam fora dos sistemas culturais como válida é a maior prova da força normativa e universalista das culturas.

⁶⁷FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – Os Direitos Humanos como produtos culturais. Traduzido por Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.2-3.

⁶⁸MÜLLER, Friedrich. Rule of Law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.) **Estudos Avançados de Direitos Humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.44-54. p.47.

Além disso, vejamos as manifestações culturais religiosas, por exemplo. A pedra de toque entre institutos como a evangelização cristã e a inserção de valores ocidentais em tribos indígenas, a negação do direito de liberdade de crença e de culto nos países muçulmanos, com a consequente declaração da *Jihad* aos infiéis, não seriam, também, pretensões universalistas e, de certo modo, declarações de concordância/discordância com os direitos humanos? A compatibilização entre os direitos humanos e o multiculturalismo possui mais tensões do que consensos, pois se tratam de estratégias de poder e de manutenção de *status* políticos tanto em regimes democráticos quanto autoritários. Sobressair-se, nesse meio de especulações, de discursos beligerantes é um verdadeiro desafio às dimensões e às funções da dignidade.

Dentre as variadas e múltiplas críticas ao universalismo, uma merece atenção em apartado. Trata-se da tese defendida pelo professor espanhol Joaquín Herrera Flores, partidário da Escola Relativista, que propõe uma teoria crítica dos direitos humanos como produtos culturais. Há de se destacar que, no pensamento de Flores, os direitos humanos são vistos como um processo em constante construção e frutos provisórios de lutas pelo acesso a determinados bens.

No intuito de não perder o foco proposto inicialmente, sua teoria será o contraponto eleito aos universalistas, no trabalho em esboço, e, apenas as premissas colunares, serão comentadas. Uma teoria crítica dos direitos humanos se volta para a refutação de conceitos cristalizados nos tradicionais raciocínios jurídicos. O criticismo teórico sustenta-se em contradições principiológicas do pensamento universal, mas, em especial, foca-se no aspecto ideológico e de dominação colonialista ocidental, bem como questiona a efetividade e o alcance dos direitos humanos para aqueles que pregam a sua defesa em locais com interesses geopolíticos com o estranho esquecimento de analisar a conduta local ou, ainda, as manipulações comerciais e militares que afetam objetivamente o alcance desses direitos em países de menor expressão mundial. A duplicidade proativa quanto ao tempo, aliada a seletividade de quais os direitos perseguir e em quais determinados pontos do globo, municiam os relativistas, no processo criativo de novas correntes que atendam a uma expectativa menos utópica, mais centrada e conceitualmente resistente quanto ao tema. Dada a abertura filosófica e a complexidade do assunto (pois falar de direitos humanos é problematizar a própria existência do homem com seus pares diante de um contexto tão emaranhado – a pós-modernidade), o exame dos postulados universalistas gerou o levantamento de variados debates, de ordem crítica, naturalmente. Ciente de que a ciência jurídica, em razão da multiplicidade de caminhos, exige uma vertente e uma delimitação a

trilhar, tem-se, como indispensável, abordar, no pensamento de Flores, três ideias fundamentais sobre os direitos humanos.

A primeira delas diz respeito à neutralidade do direito. Isso significa que o Direito não é um fim em si mesmo enquanto sistema normativo, mas instrumento de operacionalização de forças sociais que influenciam a sua criação e aplicabilidade. Ter consciência desse fato, para os relativistas, é reconhecer a interligação entre o processo de complexidade social e a prevalência de grupos mais bem aparelhados refletidas nas regras jurídicas. Inexiste, portanto, uma neutralidade jurídica e uma captação adequada de alternativas para os direitos humanos trilhar, segundo Louis Althusser, o caminho da ruptura com o idealismo normativo, expondo as contradições e as fissuras da *ordem hegemônica*, e relevando a importância da luta teórica e ideológica e, no entender de Edouard Glissant, a necessidade de se passar da cultura do ser (generalizável e abstrata) para a cultura da relação, essa definida como aquela “(...) na qual o importante é a difração (...)”⁶⁹. Noutro giro, assevera-se que não é no Direito a residência resolutive das fomes, das devastações e das violações de direitos humanos, mas no reconhecimento da incompletude jurídica no processo de concreção da dignidade, recolocando-o num cenário dialógico com outras ciências (e conhecimentos não profissionalizados) capazes de propor e identificar saídas funcionais para problemas reais⁷⁰.

Em segundo lugar, os direitos humanos, encerrados como concepções abstratas (princípios morais de Ronald Dworkin e direitos Morais de Robert Alexy) ou formais (positivismo jurídico de Kelsen e sua forma moderada em Hart) e indiferentes aos contextos reais de sua incidência, para além de reflexões imutáveis do Estado de Direito, servem unicamente como mecanismo de aferição de certeza às decisões judiciais, como se os ordenamentos nacionais dispusessem de sistemas automáticos de satisfação de segurança interpretativa desvinculados dos fatos sociais que originam o conflito de direitos⁷¹.

O terceiro ponto defende que a teoria crítica se propõe a delinear os paradoxos das principais categorias conceituais do universalismo e a enfrentá-los por meio das denominadas decisões iniciais. Para tanto, Flores elenca seis paradoxos/contradições e as respectivas

⁶⁹FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – Os Direitos Humanos como produtos culturais. Traduzido por Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.5-7.

⁷⁰ASTETE, Rodrigo Calderón. Derechos, seducción y poder – A proposito de las luchas por los derechos humanos y la transformación social. MOURA, Marcelo Oliveira de (Org). **Irrompendo no Real** – Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Pelotas, EDUCAT, 2005, p.90.

⁷¹FLORES, Joaquín Herrera. Premisas de una Teoría Crítica del Derecho. PRONER, Carol; CONTRERAS, Oscar (Org.). **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – In Memorian Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p.-16-17.

decisões iniciais para uma nova visão dos Direitos Humanos⁷². Dos seis, três são mais pertinentes ao mundo do trabalho e à internacionalização das regras laborais, notadamente à preocupação da OIT em não se permitir a mercantilização da força humana: o paradoxo da condição humana, o duplo critério e, por fim, o direito e o mercado como ente autorregulado.

No âmbito da condição humana, o doutrinador sevilhano busca desconstruir a definição de Hannah Arendt que, segundo ele, tem carga jusnaturalista, por identificar, historicamente, que a uniformização e a homogeneização das formas de vida atentam contra outras proposições culturais que desenvolveram suas próprias concepções de dignidade. Em última instância, nada mais é do que a retomada filosófica medieval de direitos subjacentes à pessoa que, em certos momentos, não são questionados como violadores da condição do homem (a exemplo do Congresso de Berlim, em 1885, que dividiu a África entre potências europeias, ou a destruição sistemática dos sistemas produtivos e sociais pelas Metrôpoles em relação às colônias). Assim, implode-se logicamente, para Flores, a denominada geração de direitos, coincidentes com valores constitutivos universais que, sucessivamente, concretizam-se, comparáveis com teses jusnaturalistas que intentam explicar a evolução humana, desde a perspectiva metafísica (com início nos direitos individuais e término em direitos absolutamente inexigíveis judicialmente). É no sentido de justificar tal crítica que o jurista espanhol assevera⁷³:

A metáfora das gerações de direitos não é algo neutro, inocente, com efeitos meramente retóricos e/ou pedagógicos. Pelo contrário, ostenta um rol constitutivo e quase ontológico dos direitos como universais, pois tem a ver com os objetivos da UNESCO e com a teoria de Arendt de uma condição humana universal e eterna que se desenvolve geracionalmente, superando continuamente as fases anteriores como se já estivessem definitivamente fundamentadas e efetivadas.

A proposta para superação da ideia de imanência universal perpassa pela observação de cada realidade com causas, efeitos e respectiva responsabilidade, de modo que os direitos humanos são tidos como válidos quando afetam e são afetados dentro de um contexto cultural, isto é, a validade depende da (in) eficácia na luta contra a forma de dividir e de hierarquizar a divisão dos bens suficientes para uma vida digna⁷⁴. A oposição argumentativa ao tracejamento

⁷²Eis os paradoxos e decisões: lugar comum contraposto pela decisão de pensar de outro modo; a condição humana enfrentada evolução pela negatividade dialética à afirmação ontológica e axiológica; o duplo critério universalista e a decisão de problematizar a realidade; a correlação entre direitos e mercado autorregulado contraposto pela heterotopia; o paradoxo do direito e dos bens e a decisão de se indignar frente ao intolerável; por fim, os direitos como produtos ideológicos são enfrentados pela noção de produtos culturais (FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – Os Direitos Humanos como produtos culturais. Traduzido por Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.71-76).

⁷³Ibid., p.52.

⁷⁴Ibid., p.54.

de uma noção estanque de condição humana põe em xeque manifestações históricas que tentaram justificar a desqualificação de culturas vistas como valorizadas ou de ações confirmadas pela comunidade acadêmica internacional como válidas, porém tidas como verdadeiras aberrações jurídicas atualmente. Além disso, critica a argumentação apaixonada de Hannah Arendt ao se deter, em demasia, nos genocídios promovidos pela Segunda Guerra Mundial, mencionando situações que, aparentemente, não suscitaram a mesma indignação para os defensores dos direitos humanos, em especial o caso do desprezo pelo Islã de Francesco Petrarca, a justificação da irracionalidade dos africanos de Hegel, as teses racistas e escravocratas de Ulrich Bonnell Phillips nos Estados Unidos, a destruição de sistemas produtivos e culturais das metrópoles europeias com as colônias, os genocídios praticados por essas mesmas potências e o tráfico negreiro africano para a América no sentido de fomentar a monocultura açucareira⁷⁵.

Em relação ao duplo critério, tem-se que a aplicação universal dos direitos humanos não é indistinta para toda e qualquer realidade e Estado. A história tem revelado a utilização de ‘dois pesos e duas medidas’, como se existissem humanos racionais mais humanos e mais racionais que outros, quando considerada a nacionalidade ou o fato histórico que se analisa. Os valores encartados nas Declarações de Direitos, embora se reputassem universais, não eram para todos. A discursividade liberal, igualitária ou fraterna, ainda que escrita, não se estendia, por exemplo, aos escravos haitianos que se rebelaram contra as forças francesas, no final do século XVIII, ou à execução pública de Olimpe de Gouges que se insurgia contra a Assembleia Nacional Francesa, sob a reivindicação da inclusão feminina nos direitos encartados pela Declaração francesa⁷⁶. Nessa senda, violações de direitos humanos praticadas contra grupos ou contra pessoas integrantes de nações qualificadas como civilizadas ou potências são mais graves que aquelas cometidas pelos menos visíveis aos olhos da comunidade internacional. Somente com a problematização da realidade há a libertação, para Flores, das amarras da adjetivação de graus de violação, em razão da origem e da possibilidade de se pensar o mundo de outra forma⁷⁷.

Por último, o paradoxo entre direitos e mercado apresenta o consenso entre os direitos humanos e o mecanismo de distribuição de bens e de manejo dos recursos naturais preconizados pelo modelo capitalista vigente. Estariam os direitos humanos, por conseguinte, a serviço do encaixe jurídico e moral justificador e protetivo da integridade mercadológica e

⁷⁵FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – Os Direitos Humanos como produtos culturais. Traduzido por Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.49-50.

⁷⁶Ibid., p.56

⁷⁷Ibid., p.73.

sua pretensa liberdade invisivelmente autorregulada, independentemente de como o modo produtivo se organize⁷⁸. A essa ideia de liberdade cabem ressalvas, por ela discorrer, nesse caso, acerca de algo incompatível com os fins originais de uma semântica verdadeiramente fiel do conceito, ou melhor, esvaziado de humanidade, e é cortejando esse raciocínio que, naquilo referente aos direitos humanos e liberdade, há três pontos a serem considerados: a) não é possível cogitar a figura humana sem o pressuposto da liberdade que o acompanha; b) a liberdade deve ser logicamente regulada e ontologicamente constituída pelos seus resultados, sob o risco de se cair em um formalismo vazio; c) a autêntica liberdade humana traduz a prática de atos que propiciem a vida e a sustentabilidade planetária, ou seja, a ética, não subsistindo a ideia de uma liberdade anética⁷⁹. A correlação construída por Herrera Flores entre mercado e direitos humanos situa-se em uma simultaneidade de manifestação real entre as formas de produção capitalista e o surgimento e manifestação dos direitos humanos, logo é o poder econômico que pressupõe um poder político e que demanda condições para o nascimento de direitos humanos respectivos que a eles não consegue resistir proporcionalmente. O desafio de convivência entre tais direitos e o mercado gera um ponto de tensão que lança o seguinte questionamento: a possibilidade quanto a pô-los em perfeita harmonia, considerando que o mercado preocupa-se, prioritariamente, com as liberdades individuais, enquanto se presencia uma verdadeira degradação do acesso aos direitos sociais e econômicos. Daí, a desejada liberalização do mercado em si mesmo como mecanismo de promoção automática de direitos humanos e dotado de uma normatividade própria não se sustenta por se calcar na ideia de acumulação irrestrita e despreocupada com quaisquer outros valores tangentes ao ser humano. Todavia, para o professor espanhol, causa estranheza e suspeita a constatação de como os direitos humanos universais que se opõem à apropriação do mercado pelo capital e suas relações implícitas (especialmente, a de hierarquia inferior de que goza o trabalho), podem, há mais de sessenta anos, conviver sem maiores conflitos com a lógica autorregulada e metafísica daquele? Portanto, a crítica, nesse aspecto, induz a uma temerosa conclusão: os direitos humanos, para além de uma fumaça filosófica calcada em um conceito de dignidade, são instrumentos de manutenção de uma ordem que, para o autor em estudo, precisa ser questionada a partir da realidade concreta e não exatamente de ideais abstratos.

⁷⁸FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – Os Direitos Humanos como produtos culturais. Traduzido por Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.74.

⁷⁹SOUZA, Ricardo Timm. Direitos Humanos no Século XXI: a reconfiguração contemporânea da questão desde a crítica da ideia moderna de liberdade. MARTÍNEZ, Alessandro Rosillo et al (org.). **Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 56-57.

1.4 TRABALHO DECENTE, UNIVERSALISMO E RELATIVISMO: PERSPECTIVAS DIALÓGICAS PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS LABORAIS

Independentemente da visão de sociedade que se adote, o trabalho está situado em posição de destaque, seja como “mediação fundamental que leva à emancipação propriamente humana (...)”⁸⁰ ou, em uma percepção mais alinhada ao pensamento Marxista, como instrumento de reificação e alienação do homem. A opinião de Marx centra-se na tríade capital, trabalho e alienação, que põe o operário em oposição ao capitalista. Essa parte do pressuposto de que o ser social determinante da consciência dos sujeitos é fruto do embate entre as forças produtivas e as relações de produção, sendo as primeiras alteradas sempre que ocorre mudança na força produtiva, alterando, por consequência, a superestrutura da sociedade. É, no processo de alienação do homem e em sua transformação em objeto que reside a crítica marxista, desvinculando-se da ideia clássica de trabalho como mecanismo de produção de subsistência, de modo que o trabalho é reduzido à mercadoria e o operário inserido em um cenário de estranheza diante do processo produtivo, onde é o elemento primeiro e último de constituição do homem, capaz de explicar a forma de estruturação da sociedade no qual está inserido. A contraposição entre o trabalho no sentido capitalista e marxista é sintetizada por Tolfo e Piccinini⁸¹:

O trabalho é rico de sentido individual e social, é um meio de produção da vida de cada um ao prover subsistência, criar sentidos existenciais ou contribuir na estruturação da identidade e da subjetividade. É valorizado tanto pelos defensores tradicionais do capitalismo quanto pelos marxistas. Contudo, há que identificar as diferenças presentes neste consenso. Para os capitalistas, a valorização do trabalho ocorre a partir da existência da propriedade privada e obtenção de excedente por meio da mais valia (o lucro). Já, no pensamento marxista o trabalho mercadoria (...), defendido pelos detentores do capital, não tem valor ou sentido para o trabalhador que se vê impedido de exercer sua liberdade e criatividade no trabalho exercendo suas funções com um sentimento de estranheza perante o todo, ou seja, alienado. Assim, o sentido do trabalho, por sua atribuição psicológica e social, varia, na medida em que deriva do processo de atribuir significados e se apresenta associado às condições históricas da sociedade. É um construto sempre inacabado.

⁸⁰IASI, Mauri Luis. Trabalho: emancipação e estranhamento? In: LOURENÇO, Edvânia; NAVARRO, Vera; BERTANI, Iris; SILVA, José F.S. da; SANT’ANA, Raquel. (org.). **O Avesso do Trabalho II**. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 61-83, p.62.

⁸¹TOLFO, Suzana da Rosa; PICCININI, Valmíria. Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis e estudos empíricos brasileiros. **Psicologia e Sociedade**, Porto Alegre, v. 19, n. spe, p. 38-46, 2007, p.40. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000400007&lng=en&nrm=iso>. access on 29 Feb. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-71822007000400007>.

O universo laboral global vivencia tempos cruciais em que a discussão sobre os modos de prestação de serviço passa por períodos de transformações profundas com a influência objetiva da revolução tecnológica e a respectiva automação e virtualização de algumas relações tradicionalmente tidas como manuais ou presenciais. Portanto, estando no epicentro de um modelo de vida, circundado pela sociedade de consumo, pela difusão da informação e pela internacionalização da Economia e do próprio Direito, conecta-se visceralmente aos fluxos mercadológicos, influenciando e sendo influenciado por eles.

Diante de tantos temas palpitantes de direitos humanos, não se deve considerar o estudo do trabalho, sua repercussão sobre as forças produtivas, bem como os influxos inversos, como de menor importância. Os sentidos tomados pelo trabalho diferem a partir do marco teórico que se toma, porém, indubitavelmente, uma sociedade com instabilidades no mercado de trabalho sofre repercussões diretas no nível de emprego, de ocupação e de geração de riquezas, nos índices de criminalidade, particularmente quanto aos crimes contra o patrimônio, no alargamento da litigância trabalhista e nos arrefecimentos entre os entes coletivos econômicos e profissionais.

A filosofia e a sociologia do trabalho caminham pelos estudos sobre a moral, sobre a ética, mas, em grande escala, pela organização e pela estruturação social e econômica e como essas configurações atingem o reconhecimento do sujeito como agente autônomo e de transformação no ambiente em que está inserido. O presente modelo capitalista, que muitos afirmam ser de livre mercado (ainda que as regulações e interferências estatais e intergovernamentais, no domínio econômico, sejam presentes), erigiu-se sob o mote da produtividade e do crescimento econômico, por vezes apartados de uma noção apropriada de desenvolvimento e de atenção ao mundo do trabalho. O resultado prático dessa realidade é uma disparidade de regras e de modos de gestão trabalhista, ora em nome de uma suposta proteção a direitos indisponíveis, ora pela via da liberalização absoluta das cláusulas contratuais que desagua em uma realidade anacrônica em termos de patamares salariais e de garantias sociais.

A investigação sobre as causas desse duplice fenômeno, por uns denominado de precarização, enquanto que por outros de subtração do poder negocial do empregado, é objeto de acalorados debates que tencionam ainda mais as desigualdades do mundo laboral. Antunes entende essa realidade (precarização do trabalho e aumento do número de desempregados) como fruto do fenômeno da lógica do sistema de produção de mercadorias e destrutivo pela

exigência de maior concorrência e produtividade⁸². No argumento do professor paulista, a crise do capital tem papel fundamental na erosão das relações trabalhistas, principalmente por se evidenciar no esgotamento do modelo taylorista e fordista, definindo-se pela queda da lucratividade e dos níveis de produtividade, pela concentração de capitais, pela hipertrofia do setor financeiro, pela crise do Estado de Bem-Estar social e pelas privatizações, motivos que autorizaram a desregulação e desregulamentação de direitos trabalhistas⁸³.

Os substratos de pensamento de Antunes apoiam-se no papel do Estado como ente produtivo, regulador e qualificam as forças produtivas, suas respectivas ações de acumulação de riqueza, as novas técnicas de gestão dos recursos humanos e a inovação tecnológica como responsáveis diretos pelas ofensivas contra a classe trabalhadora. Em que pese os graves problemas do mundo do trabalho e das espécies produtivas e os apropriados tratamentos do espaço geográfico, além da consideração da territorialização da mão de obra, a leitura da relação entre trabalho, economia e sociedade utilizada não caminhará pela via do maniqueísmo adversarial por reconhecidamente atuar de forma muito mais descritiva e vitimista do que proponente de soluções reais.

A filosofia, a sociologia e a economia depositam, no trabalho, um dos pontos fundamentais com o qual se demonstra explicar os valores de determinado período histórico, molde social ou evolução econômica de um povo. Desde os tempos antigos, passando pelas variadas revoluções perpetradas pela história, têm-se concepções absolutamente diversas do papel do trabalho na vida humana. Seja na raiz latina *tripalium*, *tripaliare* que apresenta o trabalho como forma de punição e de sofrimento, executável pelos escravos, socialmente inferiores e povos subjugados, no caráter onipresente na divindade que, em seis dias trabalhou e construiu o mundo, sendo o trabalhador primário (Gênesis 1:1-15) ou na versão instrumental, meritocrática com o resultado da fadiga previsto após o pecado original (Gênesis 3:19), essa figura circunda a vida humana, desde tempos imemoriais e a ela os estudiosos dos efeitos e das razões de existencialidade buscam dar sentido, bem como explicações.

Antes de se adentrar às trilhas tipicamente jurídicas dos direitos humanos trabalhistas, três esclarecimentos devem ter seu espaço para que não haja confusões ou equívocos quanto aos fins e aos recortes metodológicos aqui almejados.

⁸²ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 5. ed. São Paulo, Boitempo, 2001, p.16.

⁸³Ibid., p.29.

Inicialmente, afirme-se que o trabalho, enquanto atividade produtiva e de provisão biopsicoeconômica, é exclusivamente humano. Os efeitos do exercício laboral, as modalidades de prestação do serviço (autônomo ou subordinado) e as tipologias de emprego das habilidades (intelectual ou manual) ampararam e assumem o papel de substrato material para a influência do trabalho nas relações humanas. Indubitável que não se concebe mais uma sociedade sem trabalho, ainda que isso tenha sido uma profecia dos mais incrédulos, nos momentos de graves abalos econômicos carregados pela crise do petróleo, em 1979. O trabalho reveste-se de tamanha importância, nos tempos da pós-modernidade, de maneira que incita a condenação moral da desocupação, associando-a a fraqueza, a preguiça ou a desonra. Com efeito, a sociedade capitalista põe em relevo a gravitação do homem circundando o labor (quando o inverso deveria ocorrer), caracterizando-o como valor moral, ferramenta de circulação monetária e aquecimento econômico e constituição da própria identidade do trabalhador, quando tratado sob viés individual com enfoque filosófico, dado que é suporte de valor, vetor de emancipação e constituição da identidade social e coletiva do trabalhador conectado a uma significação ética e, principalmente, arma de libertação da condição humana⁸⁴.

Outra ressalva considerável situa-se no entrelaçamento entre o trabalho e a constituição da identidade do trabalhador, ante a perspectiva da influência dessa atividade humana fundamental e sua correspondência quanto à condição do próprio homem. Hannah Arendt, na obra *A condição humana*, tratou desse tema como o fruto de um conjunto de conferências proferidas na Universidade de Chicago, em 1956, intitulada *Vita Ativa*. Para Arendt, três atividades são fundamentais e possuem equivalentes: o labor, o trabalho e a ação, sendo os elementos correspondentes a vida, a mundanidade e a pluralidade⁸⁵. O labor⁸⁶ refere-se ao processo biológico do corpo humano, cuja evolução e declínio conectam-se com as necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor e resulta em uma produção de um mundo artificial marcado pela individualidade. A ação é o elemento de conexão entre os homens, envolvida por uma moldura de politicidade, determinada pela pluralidade que, em

⁸⁴DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p.58-61.

⁸⁵ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.15-17.

⁸⁶A tradução efetuada por Roberto Raposo, ao se utilizar dos termos labor e trabalho, acaba por causar confusão conceitual, pois nos escritos originais, Hannah Arendt propõe a distinção entre trabalho [labor, Arbeit] e obra ou fabricação [work; werk ou das Herstellen]. Portanto, onde se lê labor deve se invocar o sentido de trabalho e onde se lê trabalho, a ideia de obra ou de fabricação. MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A atividade humana do trabalho [Labor] em Hannah Arendt. **Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, MG, v. 9, n.1, p. 1, 2006. p.6. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_1_theresa.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2016.

conjunto com as duas atividades anteriores constrói as condições da existência humana, compreendida como a soma total das atividades e das capacidades⁸⁷. A separação conceitual das categorias do trabalho, do labor e da ação e os desdobramentos quanto ao espaço que ocupam (esfera privada e pública), no pensamento de Arendt, ainda que, conforme por ela reconhecido, possua um sentido inusitado, abre espaço para a reafirmação de um dos fundamentos com os quais se erigiu a proteção aos direitos sociais trabalhistas: a impossibilidade de diferenciação entre a figura do trabalho e do trabalhador.

Se a condição humana do labor é a vida e a do trabalho é a mundanidade (o pertencer-ao-mundo), tem-se que a primeira subsume uma “(...) atividade cuja única finalidade é satisfazer as necessidades básicas da vida e que não deixa nenhuma marca durável, uma vez que seu resultado desaparece no consumo”⁸⁸, enquanto que o trabalho reflete um caráter de durabilidade por ser utilizado para fins que não correspondem exatamente aos da vida biológica. Vislumbrar a sociedade contemporânea remete à rápida conclusão de que a energia despendida para a produção de bens de vida, duráveis ou não, com o fito de promover o autosustento e, simultaneamente, prover bens e serviços fora do ambiente natural e que servirão a terceiros reflete duplamente, pela lente do labor ou do trabalho, na corporeidade do sujeito. A indissociabilidade entre a força vital de trabalho e o serviço efetuado importa na significação de que a proteção ao trabalho reverbera em proteção ao trabalhador, em razão do objeto e do sujeito confundirem-se em um mesmo campo de ação e de gasto das unidades mínimas de contagem da vida: tempo e energia. Daí não comportar mais o enquadramento jurídico do trabalho como uma locação de serviços, a menos que se considere que a própria vida é separável do trabalho e por ele pode não ser afetada.

Em terceiro lugar, o entendimento do direito do trabalho perpassa pelo condicionamento dogmático quanto à existência de um direito ao trabalho. Toda a crítica e a proposição dogmática a ser enfrentada pelo direito do trabalho se esvai de sentido sem o antecedente lógico, cuja efetivação e conteúdo são objetos de questionamentos diante do papel do Estado e dos limites de sua densidade normativa. A vala da inefetividade semi-generalizada é preenchida pela delegação à iniciativa privada da missão concretizadora positiva do direito ao trabalho e indispensável, por sua vez, um nível considerável de crescimento econômico para a gestação de tal direito, restando ao poder público uma

⁸⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.17-18.

⁸⁸ MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A atividade humana do trabalho [Labor] em Hannah Arendt. **Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, MG, v. 9, n.1, p. 1, 2006. p.3. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_1_theresa.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2016.

dimensão negativa (vedação de violação do direito ao trabalho), sendo o desemprego a negação maior desse direito. Em relação ao conteúdo, a arquitetura desse direito social tem padecido, para alguns, de leitura reducionista, a excluir do âmbito dos seus destinatários uma parcela considerável de pessoas, situadas em uma zona de grise, haja vista não se vincularem por um vínculo de subordinação. A esse respeito, veja-se o alerta de Wandelli⁸⁹:

Considera-se que há uma generalizada redução do sentido do conteúdo do direito ao trabalho – por diversas razões que se explicitam ao longo do texto. A redução do sentido do trabalho na modernidade capitalista se reflete no discurso jurídico em termos de um esvaziamento do conteúdo da categoria jurídica central do direito ao trabalho. Por exemplo, para José Afonso da Silva, o direito ao trabalho, para além das normas objetivas que constituem o direito do trabalho, está “a significar que o trabalho é um direito social – o que, em outras palavras, quer dizer: direito ao trabalho, direito de ter um trabalho, possibilidade de trabalhar.” Esse “trabalho” a que se refere o direito, é explícita ou implicitamente entendido apenas como uma específica forma de trabalho, o trabalho assalariado, e nele se vê apenas um meio de subsistência e não uma forma essencial da atividade humana que se apresenta, ainda, como via essencial de desenvolvimento da personalidade.

Os limites estabelecidos pelo legislador ordinário restringiram e formalizaram a proteção conferida ao trabalhador sob o ângulo do direito do trabalho, tornando objeto de tutela, exclusivamente, a relação juridicamente subordinada. A eleição de apenas uma espécie de relação de trabalho significou a marginalização de uma classe de pessoas que também prestam serviços para outrem e são subordinados economicamente ou estruturalmente, por exemplo, situação já em discussão no direito espanhol e italiano com a figura do trabalhador economicamente dependente (Lei 20/2007) e a parassubordinação (art. 409 do Código de Processo Civil Italiano e Lei 533/1973), respectivamente. As transformações tecnológicas e comerciais introduziram novas tipologias produtivas e de trabalho que enfraqueceram o conceito clássico de subordinação empregatícia. O paradigma da subordinação jurídica como critério de enquadramento jurídico tornou o direito do trabalho brasileiro, exemplificativamente, o direito do emprego, dotado de baixo índice de efetividade, marcado por alto índice de informalidade, bem como pela falta de regulação dos pequenos e médios empreendedores tratados como empresários e, consideradas a tributação, a lucratividade e a legislação trabalhista aplicável aos seus trabalhadores, verdadeiros sobreviventes, dignos de

⁸⁹WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito ao Trabalho como direito humano e fundamental**: elementos para sua fundamentação e concretização. 2009. 443p. Tese de Doutorado. Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p.21.

um mínimo de proteção social, em razão do direito ao trabalho [decente] preferencialmente possuir, dentre suas funções, a expansão e o progresso do direito do trabalho⁹⁰.

Concebido como direito humano de natureza social e econômica, o trabalho, nas contemporâneas tipologias de produção global, tem sido objeto de especialização crescente e caminhado ao lado do avanço tecnológico, que, por sua vez, manipula substâncias não dominadas pelo conhecimento científico, manuseia maquinário de alta complexidade e insere, no contexto das relações justralhistas, elementos típicos do progresso técnico e seus decorrentes. O labor ocupa espaço de relevo no rol dos direitos humanos, visto que não se concebe sociedade sem trabalho (ainda que não voltado para uma produção econômica, a exemplo do caso dos trabalhadores domésticos). Assim, no fim da segunda guerra mundial, enxergou-se, na valorização do labor e da justiça social – embora esse termo suscite sérias discussões de ordem econômica entre liberais e marxistas –, uma alternativa para a manutenção da paz mundial, realidade consolidada por ocasião da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (que revogou o texto instituidor desse organismo no Tratado de Versailles)⁹¹ e da Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998).

Desse modo, o trabalho, antes marcado pela possibilidade de negociação direta entre os sujeitos contratantes sem nenhuma (ou com pouca) intervenção estatal por meio das normas heterônomas, foi objeto de tratamento diferenciado pela comunidade internacional, haja vista ser um bem jurídico singular que recorrentemente incorre em confusão com o seu próprio titular. Desde o final do período pós-guerra, verificam-se vários tratados internacionais que põem o trabalho como direito humano e titular de uma centralidade antes não imaginada e como condição de possibilidade de outros direitos, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (artigo 23, parágrafo 1)⁹², o Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

⁹⁰Sobre a proteção social como extensão da condição da decência no trabalho cf. CECATO, Maria Aurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão segundo os preceitos da Declaração de 1986 da ONU. **Prim@ Facie**, v. 11, p. 23-42, 2012, p.35-36.

⁹¹O texto original da Constituição, estabelecido em 1919, sofreu modificações pela emenda de 1922, em vigor a 4 de Junho de 1934; pelo auto de emenda de 1945, em vigor a 26 de setembro de 1946; pelo auto de emenda de 1946, em vigor a 20 de abril de 1948; pelo auto de emenda de 1953, em vigor a 20 de maio de 1954; pelo auto da emenda de 1962, em vigor a 22 de maio de 1963 e pelo auto de emenda de 1972, em vigor a 1 de novembro de 1974.

⁹²Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

(art. 6º)⁹³, de 1988, a Resolução 34/46, de 1979⁹⁴, também da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, dentre outros⁹⁵.

A preocupação da OIT configurou-se no estabelecimento de limites mínimos a serem observados, nos mais variados mercados produtores/consumidores, com intuito de contribuir para a eliminação da miséria e de outras privações, tendo em conta que o progresso material e o desenvolvimento espiritual com liberdade, dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades só pode ser alcançado pela realização de condições mínimas de trabalho (Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, Capítulo II, item “a” e “b”). Para tanto, as linhas mestras referentes às condições laborais que constituem a atuação da Organização em baila estão previstas no preâmbulo da Constituição da OIT traduzidas em regulamentação no que tange às 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 subsistência adequadas, à proteção dos trabalhadores contra doenças gerais ou profissionais e contra acidentes de trabalho, à proteção das crianças, dos jovens e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores no estrangeiro, à afirmação do princípio da igualdade salarial, à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas.

Ressalve-se que não é qualquer tipo de trabalho classificado como caminho de dignificação do homem, mas aquele prestado em condições adequadas e em condições justas, capaz de proporcionar um padrão de vida que assegure minimamente bem estar, inclusive, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, além de direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência sem culpa ou por motivo de força maior, nos termos dos artigos XXIII e XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948.

⁹³1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. 2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

⁹⁴A fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho.

⁹⁵WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito ao Trabalho como direito humano e fundamental**: elementos para sua fundamentação e concretização. 2009. 443p. Tese de Doutorado 2007. Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p.13-14.

É no trabalho decente que se posiciona a diretriz da proteção dos documentos internacionais. Caracteriza-se por observar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão (Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, 1998, art. 2º). O nascimento do conceito de trabalho decente reposicionou o papel da OIT abandonando a política de reação contra condições abusivas e degradantes de trabalho para assumir o eixo de padronização de condições dignas do labor no plano global, assumindo um caráter universalista. No novo cenário, o trabalho decente é o alvo a ser perseguido pelos Estados integrantes da OIT, mesmo que não tenham ratificado as Convenções Fundamentais, servindo como mecanismo de otimização das políticas trabalhistas, que não mais apenas buscam eliminar condições de exploração, mas conferir uma dignidade qualitativa, razão pela qual o compromisso dos Estados-membros é visto como de importância ímpar.

A doutrina sistematiza as previsões dos documentos tutelares internacionais e apresenta um rol mais amplo para o conceito de trabalho decente dedicando-se à implementação dos direitos, em três categorias: a) no plano individual: o direito ao trabalho, à liberdade de escolha do trabalho, à igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho, o direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde do trabalhador, o direito a uma justa remuneração, o direito a justas condições de trabalho, principalmente à limitação da jornada de trabalho e à existência de períodos de repouso e à proibição do trabalho infantil; b) no plano coletivo, o direito à liberdade sindical; c) no plano da seguridade, o direito à proteção contra o desemprego e outros riscos sociais⁹⁶. Em face da importância adquirida pelo tema para o projeto temático da OIT (em 1999, aquela instituição consagrou definitivamente o termo *decent work*), é fundamental que se busquem os fundamentos teóricos para o trabalho decente no âmbito da realidade global. Platon Teixeira de Azevedo Neto elege dois eixos de argumentação para uma teoria geral do trabalho decente: os requisitos positivos (endógenos essenciais, endógenos complementares e exógenos) e os pressupostos negativos⁹⁷.

Na seara dos requisitos endógenos essenciais, detectam-se os elementos da dignidade (efetivamente retratada em linhas pretéritas), a liberdade (física e moral, de escolha e de

⁹⁶BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente** – Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.46-52.

⁹⁷AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015, p.66-117.

permanência no emprego, dentre outras), a igualdade, a saúde e a segurança. Os requisitos positivos endógenos complementares, por sua vez, compreendem uma remuneração justa e uma atividade lícita. Por fim, nas condições positivas exógenas, encontram-se a equidade, o lazer, a aposentadoria digna. Sob o ângulo dos pressupostos negativos situam-se como fundamentos de um trabalho decente a eliminação do trabalho forçado, a erradicação do trabalho infantil, o fim da discriminação em matéria de emprego e ocupação, a liberdade sindical e o reconhecimento da negociação coletiva. Todos os requisitos positivos e os pressupostos negativos estão pulverizados entre os objetivos da OIT, as Convenções Fundamentais e a Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho. A sistematização dos elementos, seja por meio de uma visão dicotômica entre o plano individual e coletivo, seja ancorada em uma perspectiva de pressupostos positivos e negativos, tem o condão de estabelecer um bloco de ação e de reação por parte dos órgãos responsáveis pela fiscalização e pela distribuição de uma justiça trabalhista. Isso não significa que a completude dos elementos expresse uma perfeição conceitual, sobretudo em razão do que se defenderá no segundo capítulo desta pesquisa, quando a liberdade será introduzida como pedra angular na mediação das tensões surgidas entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Ademais, defender-se-á um bloco de regramento envolvendo especificamente as regras fundamentais da OIT no alcance dos denominados paraísos normativos.

Por certo a definição do alcance da expressão deve ser fruto do arranjo de todos os esforços legislativos promovidos pela OIT ao longo de sua atuação. A gênese da consolidação do trabalho decente surgiu com a Declaração da Filadélfia, em 1944, referente aos fins e aos objetivos da Organização Internacional do Trabalho, que preceituou quatro princípios fundamentais sobre o trabalho⁹⁸. Quatro anos mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos XXIII e XXIV⁹⁹, tratou de fornecer um núcleo duro mínimo, no plano do direito internacional dos direitos humanos, de configuração meritória do trabalho decente, que se complementaria com o disposto na Declaração da OIT sobre os Princípios

⁹⁸São eles: a) o trabalho não é uma mercadoria; b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; d) 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.

⁹⁹Artigo XXIII - 1.Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2.Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3.Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme a dignidade humana, completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. 4.Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses. Artigo XXIV - Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e às férias periódicas pagas.

Fundamentais no Trabalho e seu seguimento (Conferência de Genebra, de 1998). Nas décadas de 60 e 70, em razão dos intensos debates a respeito do papel das companhias multinacionais, no cenário global e de suas condutas trabalhistas, notadamente quanto aos Estados periféricos e em desenvolvimento, foi suscitado um amplo debate no âmbito da OIT acerca da regulamentação e da orientação de condutas para esses agentes, resultando na criação, em 1977, da Declaração Tripartite de Princípios referentes a Empreendimentos Multinacionais e Política Social da OIT (*ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy – MNE Declaration*), reafirmada pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho, em sua 279ª Reunião (Genebra, novembro de 2000). Embora não seja de natureza cogente, a declaração contém princípios que proporcionam às Empresas Multinacionais, aos governos, aos trabalhadores e aos empregadores diversas orientações quanto a temas trabalhistas, focando-se nos fundamentos básicos relativos ao mundo do trabalho e à proteção ao empregado. Destaca, ainda, as convenções e as recomendações internacionais do trabalho tidas como mínimas de observação pelos interlocutores sociais. A mencionada declaração realça os objetivos daquela Declaração dos Princípios Fundamentais do Trabalho de 1998 e se propõe a produzir estudos periódicos que demonstrem o grau de responsabilidade social dos empregadores, assim como a sua observância pelos governos, organizações de categorias econômicas e profissionais.

A inserção do trabalho no campo da tutela dos direitos humanos justifica-se, dentre outras razões de menor detalhamento, pelo relevo de sua figura na vida humana e pela complexidade e tensões marcadoras da convivência entre os que detêm os meios de produção e os que efetivamente produzem. Projetado por teorias econômicas ou filosóficas, o trabalho não prescinde do trabalhador, contudo reafirma a sua dimensão universal (nos termos territoriais, conforme já destacado previamente) “desde o esforço pela conquista da terra e da civilização até a busca de melhores condições de vida”¹⁰⁰. O nascimento, a vivência e o desenvolvimento do homem contemporâneo se mescla naturalmente com a sua relação com o trabalho a ponto deste identificá-lo socialmente e, inclusive, modular formas de tratamento em razão do posto social que ocupa em face do labor. A partir dessa noção, arrazoa-se a ideia de utilidade e de saúde decorrentes da atividade laboral, a uma porque o ócio produtivo é tido como fator de desprestígio e inutilidade do ser na sociedade do trabalho e, a duas, pois, na mesma proporção que o trabalho (enquanto direito) integra o conceito de dignidade humana,

¹⁰⁰CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil – Desregulação ou Regulação Anética do Mercado?**. São Paulo: LTr, 2008, p.21.

dignificando o que o exerce dentro de padrões normativamente compreendidos, pode “danificá-lo”, se indigno.

O empregador, autorizado pela lógica da competitividade e do produtivismo, deseja – legitimamente – sempre lucrar, produzir e alargar seu campo de consumo tendo o mínimo de custos e de riscos possíveis; o prestador do serviço subordinado, em via inversa, pretende obter melhores condições de vida, na perspectiva da economicidade, com o menor desgaste físico e mental possível. Os interesses antagônicos que se complementam, mas diariamente se enfrentam, induzem a um ambiente de conflito com a sobreposição da parte economicamente mais robusta na relação de emprego, resultando em submissões (mesmo que travestidas de consentimento de vontade) do trabalhador a circunstâncias que vilipendiam direitos sociais trabalhistas mínimos encartados na ordem interna e externa. Os desafios impostos ao mundo do trabalho se agigantam diariamente frente ao fenômeno globalizador e à mobilidade territorial das unidades fabris, bem como frente à pulverização das estruturas produtoras (mormente os ativos resultantes desse processo estejam concentrados em grandes conglomerados comerciais), à celeridade informacional e à modificação substantiva do *modus vivendi* integrado em todas as partes do globo. Dentro desse quadro, as relações trabalhistas têm que conviver e se equilibrar ante o avanço deliberado da tecnologia e a automação constante e modificativa das atividades econômicas, a tentativa de desregulamentação dos dispositivos aplicáveis à proteção do emprego e do empregado, a flexibilização de direitos e a precarização do emprego. Simultaneamente, a tais transformações, o incremento da transnacionalização dos capitais, o aprofundamento da divisão internacional do trabalho em conexão com a interdependência econômica do comércio internacional.

A globalização repercute em absolutamente todas as áreas da vida humana. Mais: multiplica a proliferação de conexões entre locais e setores nunca antes imaginados. O advento da nanotecnologia, da telemática e da internet reflete os marcos fundamentais da virada de paradigmas das relações humanas (*lato sensu*). Sobressaem, por exemplo, na seara trabalhista, novas modalidades de prestação de serviço, tipicamente vinculadas à modernidade tecnológica, tornando-se sequencialmente institutos regulamentados (ou em fase de disciplinamento) pela legislação e pela jurisprudência trabalhista, a saber: o teletrabalho¹⁰¹, o

¹⁰¹ Art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. 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.

exercício da subordinação jurídica por meio de instrumentos telemáticos¹⁰², a maior aproximação da vida íntima e privada do empregado, exposta em mídias virtuais e sociais, com seu pacto estritamente jurídico-trabalhista e o reconhecimento jurídico de um fato inarredável, no campo das Ciências da Administração, a terceirização de mão de obra e serviços.

Didaticamente, as características da globalização são de ordem econômica, política e sociocultural¹⁰³. Mesmo sendo um fenômeno imiscuído de uma gama de mudanças relativamente peculiares, vozes advogam que parcela delas reduzem-se a mitos divulgados e pregados como positividade dessa era, como o desaparecimento das falsas fronteiras da globalização, por exemplo. Desencadeia-se desse raciocínio que, não há, de fato, uma efetiva economia global em movimento, mas “uma economia internacional, caracterizada fundamentalmente por processos de intercâmbio entre economias nacionais distintas (...)”¹⁰⁴ e a interligação entre os fatores econômicos mundiais e o mercado de trabalho seria uma ilação, pois “(...) o desemprego no mercado de trabalho reflete os processos que ocorrem em âmbito nacional e continua a depender da evolução da economia doméstica e da eficácia das políticas econômicas e sociais”¹⁰⁵.

A contestação a esses argumentos absorve e reverbera de fartas fontes na Economia e nas Ciências Sociais. Mesmo a ausência de um mercado comum global, marcado pela falta de barreiras nacionais, alfandegárias ou não, e a ínfima participação ativa de países menos industrializados não indica que o fenômeno não esteja em curso. De forma oposta, somente confirma essa tese, porquanto indispensável que, em um contexto capitalista, haja produtores, mercados tipicamente consumidores, que enlacen – de modo singular – marcas e produtos provenientes de países industrializados. Em contraposição a isso, economias periféricas restringem-se a serem produtores primários, abastecendo e efetivando trocas comerciais com mercados maiores em barganha de tecnologia. Em 2001, o comércio internacional de mercadorias foi responsável por 40% da renda global, enquanto o fluxo internacional de

¹⁰²Súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho - SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

¹⁰³COELHO, Edihermes Marques. **Direitos Humanos, Globalização de Mercados e o garantismo jurídico como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.47-62.

¹⁰⁴MEDEIROS, Noé de. **Os direitos humanos e os efeitos da globalização**. Barueri: Minha Editora, 2011, p.124.

¹⁰⁵Ibid., p.125.

capitais privados regulavam em 10.3% da receita mundial e os fluxos de investimento estrangeiro direto no mundo foram na ordem de 5.1%¹⁰⁶. Em relação à pobreza e à capacidade de melhoria de vida dos indivíduos, os estudos técnicos afirmam que, embora menos de um sexto da população mundial concentre mais da metade da riqueza do globo, a globalização pode estar alterando positivamente¹⁰⁷ esse cenário¹⁰⁸. Ora, a globalização das relações e até mesmo os efeitos das trocas financeiramente desiguais é uma realidade irreversível e se franqueia discursar, inclusive, acerca de uma globalização jurídica e de direitos humanos, seguindo essa tendência.

Contudo, concorda-se aqui com o aludido autor e sua manifestação a respeito da mitigação do papel estatal, que, indubitavelmente, no âmbito das relações trabalhistas, é deveras desafiador, em particular quando é convocado a estabelecer limites aos resultados sociais das novças e imbricadas linhas de atuação dos sistemas econômicos da ordem mundial erigida desde a segunda metade do século XX. Ao contrário do que propugnam alguns, não se trata de mera coadjuvância estatal no cenário globalizado, mas de reforço de suas finalidades, de acordo com o modelo de ação eleito em cada território. Os direitos trabalhistas não escapam a esse cenário, razão pela qual a linha de atuação da OIT é tripartite (Estados, representantes de empregados e empregadores), pondo-se em relevo a ordem interna como garantidora dos direitos sociais.

Considerado o mundo das relações produtivas, comerciais e as repercussões dessas na vida dos homens, os diários desafios impostos pelos fatos laborais que se apresentam diuturnamente revelam que a discussão antagônica entre o universalismo e o multiculturalismo e os seus respectivos pontos de enfrentamento seria mais contributiva se optasse por uma postura complementar ou de espaços comuns em contraposição ao paradigma de monoculturalismo. A modernidade e suas problemáticas não cabem em duas caixas de pensamento separadas por referências que se atacam mutuamente. Os acidentes de trabalho, a exploração de crianças e de trabalho em condição análoga à de escravo, as jornadas extenuantes, a cooptação de entidades sindicais por agentes com interesses não republicanos não podem depender exclusivamente da escolha de uma vertente que se acusa de travestida de um imperialismo cultural de raiz eminentemente europeia ou de outra que nega o valor

¹⁰⁶TUROLLA, F. A. Globalização e Desigualdade. **GV Executivo**, v. 2, p. 18.

¹⁰⁷Os argumentos que comprovam a melhoria na qualidade de vida dos países mais pobres em face da globalização são esposados nos estudos do economista Stanley Fischer e envolvem dados oficiais consubstanciados nos Diagramas de Dispersão. Recomenda-se a leitura do artigo do professor Turolla, que analisa as conclusões do professor Fischer, de modo que o detalhamento dos métodos e dos resultados do referido estudo fogem ao escopo do presente trabalho.

¹⁰⁸Ibid., p.19.

transcendente desses direitos¹⁰⁹, relegando-os ao bel-prazer de uma configuração meramente cultural que, por vezes, é ditada, de igual forma, por estamentos sociais minoritários. Da mesma forma, não se pode restringir a concepção dos direitos humanos a uma mera ação estatal ou de órgãos internacionais, pois, se bem a história assinala, tais direitos foram concebidos originariamente para proteger o homem da arbitrariedade de tais entes abstratos na concepção, mas concretos nos seus efeitos.

Se o humanismo jurídico é a medida do Direito e das proteções dele decorrentes, o compromisso com os direitos humanos não é (ou não deveria ser) de ordem exclusivamente estatal. Em uma visão mediana entre o universalismo liberal e o comunitarismo estatal, compete a todos os Estados e as organizações supra, para e subestatais o cumprimento do pacto com a efetividade dos direitos humanos. Entretanto, não só a essas instituições, porquanto se inclui como missão também de todos os homens. O depósito de confiança no futuro e nas decisões da vida humana ao Estado é a tradução (im)perfeita da renúncia da liberdade – alvo maior a ser perseguido – por quem mais necessita dela. Dessa feita, a compreensão do universalismo vai além de uma mítica noção dos direitos humanos como titularidade de todos, indistintamente, mas perpassa pela sua concretização e a manutenção de sua integridade como sendo uma obrigação universal.

Particularizando a explanação, o trabalho decente não é um fim a ser perseguido pelos Estados, OIT ou OMC, unicamente, porém um elemento conjugado com a própria noção de desenvolvimento e de economia sustentável, introjetado na consciência do cidadão por uma cultura de educação desses direitos. Dessa forma, defende-se que o relativismo dos direitos humanos, ao invés de se preocupar com a desconstrução de uma ideia de melhoria de vida de todos os trabalhadores do mundo, tem bastante a contribuir com as peculiaridades positivas de cada cultura, afinal, as previsões normativas sobre a vida humana não se esgotam no direito internacional público.

Ao se discutir os direitos humanos como categoria deve-se ter a exata noção de que naquilo tangente ao mundo do trabalho, para a população economicamente ativa, não há como fugir de sua incidência, seja como empregador ou empregado, estando os restantes fora da faixa etária de labor em razão de aposentadoria ou ainda não tendo alcançado a idade adequada para nela se incluir. Assim, o trabalho é elemento que circunda a vida humana tanto no campo jurídico, econômico como filosófico. A riqueza polissêmica que envolve o simbolismo do trabalho e seus consectários conectados pela percepção crítica das teses

¹⁰⁹DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.30.

relativistas pode cooperar com a concretização do trabalho decente. O resultado desse modelo não se trata da prevalência absoluta de uma vertente sobre a outra (embora se assuma declaradamente a opção por um universalismo moderado, em termos trabalhistas, conforme se depreenderá a seguir), mas de tentativa de convivência complementar e de espaço comum, mesmo ciente dos vincos que ressaltam as divergências em confronto, no intuito de realizar a promoção de um nível de vida digno ao trabalhador.

É nesse quadro de complexas, tensas e rápidas relações que se aparta – para análise – o trabalho decente como direito humano. Quais as implicações de encará-lo como um direito universal, imanente e vetor fundamental no conceito de dignidade? Em linha diversa, adotar uma postura universalista, a quem interessa? Seria o relativismo uma opção à erosão da ordem trabalhista internacional? A seguir, algumas reflexões sobre tais indagações.

1.5 ENTRE O UNIVERSALISMO E O RELATIVISMO CULTURAL: PERSPECTIVAS PARA O MUNDO DO TRABALHO

Para se proceder a um razoável entendimento acerca do dilema universalista e relativista aplicável aos direitos humanos laborais, há de se debater acerca de quatro questões iniciais que originam debates secundários. A primeira concerne ao labor como mecanismo de redução da miséria, da fome e caminho facilitador ao acesso dos bens de consumo básicos. Em qualquer sociedade arrolada, o trabalho exerce função provisional dos meios de subsistência, em maior ou em menor grau de provimento de dignidade da prestação do serviço, através de níveis salariais e de garantias protetivas, inclusive, em sede previdenciária. Contudo, há ressalva inevitável, *a priori*, no sentido filosófico da natureza do labor. Dois entendimentos se enfrentam na tentativa de explanação da essência do trabalho junto ao homem. Em uma orientação neutralista, negam a tese de que o trabalho seja valor e irracional, sob a alegação de que ele seria um meio e, quando considerado em si mesmo, absolutamente desvinculado da ideia de dever e de princípios basilares que informam a vida social, somente contribuindo instrumentalmente para o sentido de princípios fundamentais de determinado grupo¹¹⁰. Em via diversa, a teoria antropocêntrica, mais alinhada ao universalismo e influenciada por Croce e Kant, reconhece o trabalho como valor em um processo histórico e procede a verdadeiras louvações individualistas do labor, na medida em que ele é uma

¹¹⁰BOCORNHY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p.43-44.

afirmação da humanidade, da liberdade e da plenitude de vida¹¹¹. Observe-se que, em uma visão ou outra, o trabalho permanece como centro provisional das necessidades humanas. A distinção de perspectiva relaciona-se mais com o seu aspecto propriamente filosófico e em como ocorre a valorização jurídica desse labor, no panorama de um direito humano, somada a proteção a ele deferida se realizada em diferentes Estados¹¹².

A defesa, no entanto, que se faz do universalismo, nesse aspecto inicial, não indica que o relativismo cultural defenda a manutenção da miséria ou da fome em um contexto de trabalho, mas retoma o argumento já identificado e robustecido pelos teóricos neutralistas de que o paradigma cultural é foco de irradiação dos princípios aplicáveis ao trabalho. O problema dessa realidade é a autorização para que questões que envolvam a submissão de pessoas a sistemas discriminatórios (em relação a gênero, por exemplo) ou a baixas condições qualitativas de trabalho, em nome de um apelo da culturalidade, sirvam de argumento a grupos e a agentes de mercado que desejam se beneficiar de regras laborais frágeis (jurídicas ou morais). A organização da divisão do trabalho e a interculturalidade, em determinados modelos estanques e rígidos de organização social, comandados por reduzidos grupos de pessoas facilmente captadas pelo brilho monetário do volátil capital internacional, socorrem-se de uma crítica poderosa ao universalismo e sua suposta voracidade imperialista dominadora para legitimar aquilo mesmo que se propõem a combater: a exploração do homem e a imposição de valores estranhos aos do grupo ora analisado. Imagine-se que a composição do conceito de dignidade e de trabalho seja relegada a fatores de ordem cultural, com valores, influências econômicas e acepções singulares em cada Estado que, sem dúvidas, refletem os grupos de trabalhadores que prestam serviços, ainda que indiretamente, às marcas internacionais (que instalam suas unidades de produção básica em países pobres, cientes de que os custos com a mão de obra serão substancialmente inferiores àqueles que teriam caso desempenhassem o serviço em solo originário). Teriam, sob uma noção estritamente cultural, o resguardo de sua integridade corporal, a saber, normas que envolvam meio ambiente do trabalho, vedação de assédio, proibição de exposição a jornadas extenuantes, utilização de força de trabalho infantil ou até em situação análoga a escravo?

É possível que a resposta a essas perguntas incluam outros questionamentos sobre a efetividade das normas internacionais e das Convenções da OIT nesses Estados ou, ainda, o porquê de nações desenvolvidas não terem ratificado Convenções consideradas fundamentais

¹¹¹BOCORNÝ, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p.44.

¹¹²No Brasil, a Constituição da República reconheceu o trabalho como valor e o pressupõe como postulado da dignidade humana, conforme as previsões preconizadas no art. 1º, II, III e IV.

(como os Estados Unidos em relação às Convenções referentes ao trabalho forçado e à liberdade de associação) em termos de matéria trabalhista. Significa refutar um erro com outro. É manifesto que uma das finalidades dos direitos humanos é a sua função orientadora, tendo por alvo e finalidade a ser alcançada a melhoria das condições de vida. Destarte, à medida que os DDHH são implementados e concretizados, novos direitos surgem programaticamente, tornando, de certa forma, as declarações de direitos, as políticas públicas parte de um dirigismo futurista, não excluindo a historicidade dos direitos previamente conquistados, tampouco significando que direitos cristalizados e respeitados por um grande conjunto de Estados não sejam, posteriormente, integrantes do rol de proteções de ordenamentos que antes não os previam.

Outra ponderação digna de comentário reporta-se ao caráter de liberdade e de autonomia decisória do trabalhador. Se não é qualquer tipo de labor que é enquadrado como direito humano e fundamental da pessoa, por aferição lógica, não interessa à conceituação dos direitos humanos a inclusão de modalidades de trabalho que subtraíam do homem o poder de exercer a sua liberdade (na maior acepção possível). Nesse prisma, tem-se, exemplificativamente, como salutar, a liberdade de locomoção, o direito de se ver sujeito a uma relação jurídica isenta de quaisquer impedimentos internos e externos capazes de extrair coativa e coercitivamente a sua energia de trabalho e colocá-la à disposição de interesses escusos e situações incompatíveis com a noção de liberdade¹¹³.

A preservação da autonomia (e tentativa de sua consecução) dos sujeitos é um dos objetivos fulcrais das proteções aos direitos humanos trabalhistas. Assim, a Teoria Eficientista de Richard Posner intenta demonstrar que as pessoas devem ser livres para considerar as opções que lhes são oferecidas e, a partir disso, escolher a forma de dispor dos direitos que lhes são conferidos cientes do pressuposto de que uma escolha racional irá maximizar a sua riqueza, pois seu trabalho será valorizado na medida do seu esforço. A riqueza não é mero reflexo de índices monetários, mas sim a totalidade da satisfação das preferências moralmente relevantes e que manifestam seu valor de mercado. Posner acreditava que a economia de

¹¹³A liberdade de trabalho é garantida como integrante do núcleo duro do direito ao trabalho. A esse respeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591 - de 6 de julho de 1992, no seu artigo 6º, estabelece: 1. Os Estados Partes do Presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguarda esse direito. 2. As medidas que cada Estado parte do presente pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

mercado é a única que pode conservar a autonomia das pessoas, uma vez que se baseia em critérios de escolhas voluntárias, nas quais se tem a possibilidade de ponderar os custos e os benefícios das ações e, assim, decidir (ou não) praticá-las.

Em um sistema baseado na maximização de riqueza, há também o incentivo ao desenvolvimento pessoal, aos esforços individuais e às virtudes, como o respeito ao trabalho e a valorização da honestidade que, quando tomadas em sua totalidade, são capazes de promover a cooperação entre os membros da sociedade e de contribuir para o progresso socioeconômico¹¹⁴. A explicação para esse fato é simples e obedece a uma lógica de mercado baseada na menor onerosidade das transações voluntárias, haja vista o uso dessas virtudes torna as transações mais fáceis e menos onerosas, uma vez que promovem o comércio e, como consequência direta, a riqueza, e, ainda, reduzem os custos de policiamento dos mercados, seja por meio do protecionismo, dos contratos minuciosamente detalhados, dos processos judiciais e assim por diante¹¹⁵.

O pensamento universalista ratifica essa noção de liberdade, de autonomia e de possibilidade de eliminação das misérias e se coaduna, por consequência, com a ideia de uma cidadania social e econômica que se choca com a formatação antidemocrática de alguns Estados. O trabalho como dimensão dos direitos humanos, na visão universalista e nos moldes propugnados pelos documentos internacionais atinentes ao tema e pela atuação da OIT, conflui para o processo de libertação do indivíduo e para o seu desenvolvimento, que deve ser entendido, nesse caso, como aquele patamar de emancipação atingido por intermédio da liberdade conferida ao sujeito. O ponto-chave da teoria do desenvolvimento como liberdade localiza-se na possibilidade de conferir aos indivíduos humanos a chance de exercício do direito de escolha para serem aquilo que desejam ser, por intermédio de um estudo integrado das atividades econômicas, sociais e políticas. Seguramente, a análise conjunta de instituições sociais e estatais (Estado, mercado, sistema legal, partidos políticos, mídia, grupos de interesse público e foros de discussão pública) fundamenta-se “(...) segundo sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança, e não como recebedores passivos de benefícios”¹¹⁶.

¹¹⁴LUCENA FILHO, Humberto Lima de ; SOUSA, G. G. B. As práticas trabalhistas no setor da construção civil: um estudo de caso na perspectiva da análise econômica do Direito. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). **Direito e Economia I** - (RE)Pensando o Direito: Desafios para a Construção de Novos Paradigmas. 1ed.Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 403-432.

¹¹⁵POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução: Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.81.

¹¹⁶SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.11

Essa liberdade almejada pelo direito humano para o trabalho decente/digno reclama uma ação prestacional dos Estados que, pela via da ação ativa de políticas públicas internas, sejam elas lastreadas em regras nacionais ou em documentos protetores de direitos humanos, disponibilize as condições para o acesso ao desenvolvimento pessoal dos seus nacionais. Sob esse ponto de vista (prestacional), relevante destacar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual enuncia um extenso catálogo de direitos que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a um nível de vida adequado, à participação na vida cultural da comunidade, dentre outros¹¹⁷, ou seja, direitos que propiciam o desenvolvimento de seus sujeitos titulares. A ideia das liberdades substantivas, conforme o viés social, considera a condição humana como fim e defende calorosamente a ideia dos direitos sociais, econômicos e culturais, e não dos resultados econômicos em si¹¹⁸.

Em terceiro lugar, assiste razão aos relativistas no que se refere ao duplo critério. De fato, se há uma defesa dos direitos humanos independentemente da origem de seus titulares não faz sentido a utilização de critérios econômicos ou mercadológicos em sua intervenção e defesa. A natureza política dos direitos humanos não se relaciona com a politicidade daqueles que os implantam, muito menos representa que – em face da pretensa universalidade – tais direitos são autorrealizáveis. Aliás, em nenhuma concepção de Estado ou de teoria de Direito a concreção de direitos prescinde de um compromisso consistente no enfrentamento dos obstáculos impeditivos de sua materialidade. A atuação da OIT, em relação a países que não velam por direitos trabalhistas em sua plenitude, mas que são detentores de poderio econômico e militar, deve ser tão robusta quanto aquela dispensada a Estados menos expressivos na ordem internacional. Evidente que o campo de ação mais relatorial de denúncia à comunidade internacional, sem a existência de um sistema repressivo com um tribunal que julgue efetivamente as transgressões a direitos trabalhistas cometidos no âmbito dos Estados e por esses, acaba cooperando para a mitigação e o enfraquecimento da atuação desse órgão na fiscalização junto àqueles entes nacionais que não prestigiam adequadamente os direitos sociais trabalhistas.

Por último, o paradoxo da relação entre direitos e mercados é frágil, no campo do direito ao labor decente, porque as primeiras proteções trabalhistas nasceram justamente como fruto reativo aos postulados liberais clássicos. Afiançar que a proteção a direitos trabalhistas

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.174-175.

¹¹⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos humanos e desenvolvimento: evolução e perspectiva do direito ao desenvolvimento como um direito humano. In: _____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. v. 2. p.282.

estaria a serviço da autorregulação de mercados propalada por potências ocidentais é desconhecer a gênese desses direitos. Mais: a tensão entre os interesses de trabalhadores e dos empregadores é latente e incompatível com a figura de um agente invisível que funcione como termostato financeiro. O direito ao trabalho, por ser social, exige um *status positivus* do Estado e dos particulares (que serão aqueles que efetivarão horizontalmente o direito fundamental ao trabalho na ordem interna) e a padronização mínima de suas regras não é um desserviço à liberdade absoluta de mercado, mas serve à própria saúde da concorrência do comércio por não permitir que a falta de *standards* universais transforme o tratamento do trabalho em mercadoria, objetificando o trabalhador e o substituindo, sumariamente, por outros prestadores que aceitem as débeis condições de trabalho ou, ainda, pela automação imediata com a consequência do desemprego e da precarização das relações trabalhistas.

A conexão entre as condições de trabalho, conforme já destacado, o comércio e o estímulo da melhoria das mencionadas condições nos territórios nacionais a partir da certeza de que outros Estados adotarão regimes de trabalho realmente humanos constitui um dos fundamentos da Constituição da OIT. Franquear uma liberdade de mercado absoluta (leia-se, para os fins de compreensão da discussão em voga, sem patamares trabalhistas mínimos) legitima a dominação total do homem pelo seu semelhante, quando esse detém o poder econômico e sob os auspícios da necessidade de sobrevivência do dominado. Os resultados práticos dessa não regulação laboral são condições desumanas de trabalho, utilização do valor econômico (e não o homem como detentor de dignidade devendo ser tratado como digno) como medida de negociação das relações e supressão de liberdade civis e políticas fundamentais no âmbito trabalhista.

Quando se adota uma política institucional baseada na utilização de trabalhadores, em um sistema que possui características típicas de trabalho escravo ou de terceirização (ou até quarteirização) ilícita, o empregador retira do empregado a sua autonomia, além de negar o valor agregado ao trabalho. Isso posto, o bem-estar do trabalhador é comprometido e, consequentemente, a sociedade responde pelos encargos dessa alocação injusta, uma vez que se está diante de uma externalidade negativa e que, apesar do trabalho com condições dignas não ser uma mercadoria que pode ser encontrada à venda, as pessoas de alguma forma se importam. A presença de externalidades negativas frutifica em resultado ineficiente de mercado, ainda que os lucros individuais das empresas que lhes dão causa sejam superiores aos das suas concorrentes. Ora, a adoção do princípio da maximização da riqueza como norma ética traz consigo o caráter de valorização da utilidade e do consentimento, funcionando, como um limite para a maximização do lucro, com base no cerceamento na

volição do trabalhador. É esse, aliás, um dos pontos que leva Posner a defender o livre mercado¹¹⁹, por entender que ele é capaz de preservar a autonomia das pessoas de disporem de seus direitos de forma a maximizar o seu bem-estar. A função do bem-estar é fornecer, pois, uma forma de escolher alocações eficientes, ou seja, uma função direta dos níveis de utilidade individual.

Já se propôs anteriormente a adoção de uma postura dialógica, de espaço comum, entre universalistas e relativistas para o mundo do trabalho. Todavia, só existe diálogo se ambos se dispuserem, sendo a incompatibilidade um resultante possível e lógico das impossibilidades. Assim, em se tratando de uma escolha de caminho e de defesa, a argumentação demanda que se deliberem decisões. Entre o dilema universalista e o relativista, o trabalho, como subcategoria dos direitos humanos, merece uma análise com mais cuidados. Não se trata especificamente de deificar uma corrente e demonizar a sua antítese, mas proceder com a sensatez capaz de identificar a validade de certos pressupostos de cada entendimento.

A crise que vagueia entre o ceticismo prático e as suas espécies (naturalismo, emotivismo e particularismo/contextualismo/relativismo) clama por posições mais sóbrias, como aquela que milita por um universalismo moderado, no qual os direitos humanos clamam por um conceito que resista ao particularismo e ao universalismo e se fundamente em um tripé de interesses: na existência, na subsistência e no desenvolvimento¹²⁰. Trata-se da mediania aristotélica como fundamento da virtude que, nesse caso, localiza-se entre o apego exagerado à propriedade dos libertários e à moralidade dos que tentam implementar uma igualdade à força. Essa percepção pressupõe a necessidade de um Estado de Bem-estar Social que se fundamente na presunção de um conceito de dignidade, mas não a coloque como vetor de discussão unívoca e absoluta. Daí por que o universalismo moderado se caracteriza por delimitar a esfera do direito, buscando uma concreção real preocupada efetivamente com a eficácia dos direitos humanos, não se atendo a problemáticas que visem questionar os conceitos de dignidade do ser humano em um e em outro pensamento face à inutilidade teórica da fundamentação para os efeitos práticos dos direitos que buscam tutelar e por se compatibilizar com os particularismos morais¹²¹. O cerne da questão não se trata exatamente de apego às concepções fundamentadoras dos direitos humanos na dignidade e no valor, mas

¹¹⁹O conceito de livre mercado não envolve uma liberdade de absoluta negociação das condições de trabalho, mas, dentro de estabelecidos limites mínimos de prestação de serviços, os agentes possam competir sem interferências estatais desnecessárias, promovendo uma concorrência que não se socorra da sonegação de direitos sociais para diminuição no valor de produtos ou serviços e, por conseguinte, a conquista de mercados.

¹²⁰KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.79-102.

¹²¹Ibid., p.102.

interpretar esses dois elementos à luz de três fatos antropológicos: a vulnerabilidade do ser humano frente a outros seres humanos, a dependência de gêneros alimentícios e a possibilidade dos sujeitos otimizarem seus talentos e capacidades mediante uma formação específica¹²². Por último, um universalismo sóbrio em direitos humanos não exclui a necessidade de realização de direitos dentro de um contexto cultural, individual e político, sem olvidar de uma premissa antropológica de formação da vida que guarde espaços comuns de manifestação, independentemente do contexto cultural analisado.

O universalismo não é, definitivamente, a tábua da salvação dos direitos humanos. Reconhecê-lo como uma via possível é, antes de tudo, assumir seus pecados históricos e culturais. O ceticismo relativista, por outro lado, pode, nobremente, superar os erros do passado e sair da posição meramente desconstrucionista para uma via concreta. Dito de outra forma, as ressalvas a esse entendimento de validade universal são menores do que os seus méritos. As problemáticas trabalhistas não são resolúveis pela simplicidade enfática do universalismo ou pela criticidade medonha dos relativistas. O Direito Humano do (e ao) Trabalho envolve o diálogo entre forças econômicas, culturais e sociais. A imposição de padrões laborais, com institutos que acabam por enfrentar tradições inter e intraculturais (*e.g.* o trabalho de mulheres e indígenas), requer a mediania de uma ética dialógica. Se, por um lado, o trabalho é uma realidade inegável, os efeitos da globalização sobre ele e dele provenientes também o são.

A OIT, enquanto órgão especializado em assuntos trabalhistas, tem a sua gênese e razão de ser na tentativa de universalizar maximamente os princípios daquilo que entende como justiça social e no incremento da cooperação internacional que possibilite um desenvolvimento técnico-econômico harmônico, o progresso social. A palavra de ordem proposta é a pretensão de universalidade, que se reveste de conteúdo finalístico no alcance da paz alcançável com embasamento na justiça social, demonstrada na intensa atividade convencional (sessenta e sete projetos de convenção) existente entre 1919 e 1939 pela Conferência Internacional do Trabalho que continham direitos uniformes relativos aos temas básicos da relação de trabalho¹²³. Patente que a internalização e o cumprimento do direito internacional encontram-se em crise de aplicabilidade e que os enunciados prescritivos convencionais, em particular após a década de 1970, têm se resumido a expor preceitos mais gerais e menos detalhados das matérias que se propõem a regular, quedando às

¹²²KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.99-100.

¹²³SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. Visão crítica do direito internacional. **SYNTHESIS**. São Paulo, n. 14, p. 50-53, jan./jun. 1992, p.51.

recomendações explicitarem os detalhes suplementares. Esse fato decorreu dos profundos desníveis entre os Estados-membros da OIT, fazendo-se vital fórmulas de flexibilização que abarcassem desde a possibilidade de aceitação parcial de uma convenção até a adoção de soluções alternativas para um problema¹²⁴.

Fenômenos dessa natureza retratam uma realidade inegável onde o Direito não tem a capacidade absoluta de alterar realidades por si só. A intervenção legislativa em demasia, na ordem interna ou externa, por mais recheada de boas intenções que se apresente, cria uma ficção de tutela, desmascarada pela queda de níveis salariais e pelo aumento de desemprego. Propor um modelo universalista de condições mínimas de trabalho implica afirmar que o Estado tem o dever de observar atentamente os padrões ajustados como basilares e de estimular um sistema negocial e sindical robusto que tenha a capacidade de, em um ambiente de liberdade econômica, permitir a elevação das condições de vida dos trabalhadores. Discorda-se, portanto, do discurso generalista, mais apaixonado do que representativo da realidade, em que o Estado Constitucional de Direito pressupõe uma atividade indispensável planificadora e tutelar do trabalho em nome da dignidade humana¹²⁵. Dentro dessa ideia, cabe qualquer defesa que se pretenda adequada, em geral alinhada a um interesse de mitigação da liberdade de trabalho, com a limitação, por vezes, tão excessiva a sufocar a autonomia privada coletiva e individual, com prevalência real do legislado sobre o negociado em um modelo normativo de submissão do privatístico subordinado, quando não autoritário.

Por essa razão, no capítulo que se avizinha tratar-se-á da realidade de pulverização do trabalho, na conjuntura da globalização, e dos desafios propostos para a efetivação do trabalho decente em um contexto de universalismo cunhado pela OIT. A pesquisa em curso não tem uma pretensão utópica ou ilusória em relação às tensões que enervam as relações trabalhistas e sabe-se que o resguardo às condições fundamentais do labor não têm respostas absolutas, mas muitas perguntas a serem respondidas. Por essa razão, a proposta de universalismo moderado/sóbrio aplicável ao mundo do trabalho considerará um núcleo universal de resguardo do trabalho decente no intuito de se utilizar a fragilidade normativa como instrumento de competitividade econômica, mas restringindo-a a um patamar exclusivamente jurídico no âmbito da convencionalidade e constitucionalidade da OIT. Esse núcleo inflexível é fruto de uma proposta que não despreza a importância de um tecido normativo de *fair labor*

¹²⁴SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. Visão crítica do direito internacional. **SYNTHESIS**. São Paulo, n. 14, p. 50-53, jan./jun. 1992, p.52.

¹²⁵GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, a. 15, n. 58, p. 18-38, jan./mar. 2007, p.20-33.

possível, isto é, que arregimente os valores fundamentais do trabalho no intuito de conferir um patamar possível de execução contratual e temperado pela liberdade econômica, a prestigiar o fortalecimento da autonomia privada coletiva como instrumento criador de juridicidade democrática e responsável no âmbito de categorias e de setores especificados.

2 RELAÇÕES TRABALHISTAS E COMÉRCIO INTERNACIONAL: OS PARAÍSO NORMATIVOS NA ERA DO *RACE TO THE BOTTOM*

A Era Pós-Moderna Globalizante – ou mundializadora, como preferem os franceses – trouxe consigo novos pressupostos paradigmáticos na (re)definição do conceito de Estado, de relações comerciais e de aplicabilidade de normas jurídicas. Os clássicos e os consolidados delineamentos dispensados à forma como os sujeitos desempenham suas atividades no cenário mercadológico cederam espaço a uma nova roupagem de interpretação e de compreensão das intrínsecas conexões entre Direito, Economia, Comércio Internacional e Trabalho¹²⁶.

As fronteiras nacionais (que antes operavam como empecilhos mais consistentes à troca de informações, à circulação de pessoas, aos serviços e às mercadorias) encerram limites bem mais elásticos, atualmente, posto que as noções de territorialidade, de juridicidade, de cidadania global e de direitos fundamentais foram influenciadas pelos inexoráveis influxos da atividade econômica entre corporações, Estados e pessoas na ordem internacional. Discute-se, nessa prospectiva mais contemporânea, um Direito transnacional, ou melhor, a transjuridicidade aplicável à cidadania irradiante para além dos limites geográficos previamente estabelecidos. Traduz-se: uma cidadania transterritorial. De forma idêntica, os direitos fundamentais, tidos como integrantes do catálogo mínimo de intitamentos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que em uma acepção internacional são designados de direitos humanos.

Os elevados índices de complexidade carreados pelas relações intersubjetivas concretizadas na nova ordem mundial materializam-se na corpagem de novos desafios ao Direito, na regulamentação de condutas ou na resolução dos litígios que lhe são submetidos, entre outros. As vias dos ordenamentos jurídicos com validade estritamente nacionais aparentam insuficiência de efetividade na consecução de impasses que perpassam as ordens jurídicas internas, notadamente quando se tratam de questões cujo objeto tangencie colisões entre direitos humanos (ou direitos fundamentais aplicáveis às pessoas morais) e o poder estatal exposto através de suas limitações. Sem obliterar os imbricados e multidisciplinares imbróglis típicos de uma sociedade multicêntrica, tem-se, por relevante, como consequência

¹²⁶Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Os paraísos normativos e a proteção aos direitos trabalhistas: perspectivas sob a lente da transjuridicidade. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/Universidade Nove de Julho; Grasielle Augusta Ferreira Nascimento; Mirta Gladys Lorena Manzo de Misailidis; Lucas Gonçalves da Silva. (Org.). **Direito do Trabalho I** - Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. 1ed.Florianópolis/SC: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 496-525.

do acompanhamento do Direito aos fatos socioeconômicos e políticos, o conceito de normas jurídicas em rede, transconstitucionais e dialógicas. Em outro dizer, são tidas como válidas e capazes para atuar como fonte de direito, sobretudo na construção da fundamentação resolutória dos casos concretos de outras ordens jurídicas, que não estatais, seja de organização internacional, supranacional, extraestatal, protagonizadas por atores distintos e que se conectam constantemente. Essa lógica, que não se norteia pela sobreposição de regras, e sim por pontos de contato mínimos ansiando uma gramática básica de direitos e possibilidades de trocas interpretativas e integradoras, é denominada transconstitucionalismo, interconstitucionalidade, normas constitucionais em rede, constitucionalismo *multilevel* ou constitucionalismo global, a depender da origem doutrinária e do campo de incidência das referidas regras.

Em meio a esse cenário, os modelos contemporâneos de comercialização de produtos e serviços pressupõem uma série de complexidades nem sempre adstritas à esfera empresarial ou jurídica. As análises dos fenômenos socioeconômicos presentes, na sociedade global, demandam – tal qual a diversidade de suas estruturas – exames mais transdisciplinares e menos deterministas do ponto de vista normativo. É salutar a consciência da relevância dos estudos que se encarregam de perscrutar realidades específicas, sob uma ótica empírica, cujos benefícios e contribuições ao mundo do Direito são, tradicionalmente, subvalorizadas. Essa realidade aplica-se a distintos campos do conhecimento jurídico, da economia ou mesmo de outras searas científicas. Vê-se, atualmente, um verdadeiro diálogo, tanto entre fontes do Direito, nos termos da teoria capitaneada pelo professor de Heidelberg, Erik Jayme¹²⁷, quanto nas influências de um subsistema normativo sobre outro, a exemplo: o caráter econômico das regras trabalhistas e as repercussões, no âmbito laboral, das redes de normatividade empresarial. De igual forma, verifica-se a necessidade do profissional que lida com a interpretação, a integração e a aplicação das regras jurídicas fazer uso de estudos de áreas diversas, sensíveis e dialógicas com o Direito (Ciências Sociais, Filosofia e Economia, por exemplo) para a fundamentação mais acurada de suas decisões ou o exercício do direito petitorio. Dentre as três ciências esposadas como auxiliares ao estudo do Direito, a Economia tem uma função singular, dado o contexto histórico em que se vive.

Em uma época quando há quem defenda a existência de um *homo economicus*, a Economia proporciona uma visão mais concreta de problemas aparentemente abstratos e

¹²⁷Cf. JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration**: Le Droit International Privé Postmoderne. Cours General de Droit International Privé. Recueil des Cours – Collected Cours of the Hague Academy of International Law. Tome 282 de la collection. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2000.

coopera com a tomada de decisões que visem menor grau de erro e máximo de eficiência. Em tempos em que se busca um Judiciário eficiente em suas decisões, é de bom alvitre considerar os raciocínios do *Law and Economics*, no que for pertinente e compatível, ao mundo das relações de trabalho e suas consequências nas decisões judiciais¹²⁸. Particularmente quanto ao assunto abordado, além dos contornos propriamente jurídicos, há de se ponderar as relações intrinsecamente mercadológicas, pois, tendo por premissa básica que o valor final dos produtos ou dos serviços carregam consigo os custos da tributação e, sobretudo, os encargos sociais decorrentes da força de trabalho, o ambiente de concorrência (des)leal pode ser determinado e afetado pelo descumprimento massivo das regras fiscais e trabalhistas. O trabalho, o mercado e a concorrência são temas não somente jurídicos, mas também econômicos e integram os processos de *trade-off*, de forma que podem ser analisados, concomitantemente, pela perspectiva do Direito Econômico ou pela Análise Econômica do Direito com modelagem na Microeconomia.

Utilizando-se a visão teórica Luhmanniana, têm-se como ponto de partida os diversos campos da vida humana como sistemas autônomos, compostos por outros subsistemas, que se comunicam com outros campos da existência social. Assim, o sistema econômico é um sistema dotado de um código binário ‘ter/não ter’, o político se orienta pelo ‘poder/não poder’ e o jurídico guia-se pelo lícito/ilícito¹²⁹. Inserido, no sistema econômico, está o que se denominará, daqui por diante, para efeitos metodológicos, subsistema corporativo-empresarial, o qual tem por função e finalidade precípua, sob o véu da livre iniciativa, promover a circulação de bens e de serviços por intermédio de uma produção organizada. O sistema jurídico, por seu turno, abriga dois subsistemas dignos de comentário e de vinculação. O primeiro, trabalhista, é responsável por promover um *standard* de condições mínimas laborais; o segundo – a ordem econômica – revela-se como um grupo de eixos principiológicos “(...) de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado”¹³⁰.

Embora autônomos, em nome da heterorreferência típica da teoria dos sistemas, percebe-se a troca de agastamentos entre eles, de modo que a prevalência de um sobre o outro

¹²⁸Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de; SOUSA, G. G. B. As práticas trabalhistas no setor da construção civil: um estudo de caso na perspectiva da análise econômica do Direito. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). **Direito e Economia I** - (RE)Pensando o Direito: Desafios para a Construção de Novos Paradigmas. 1ed.Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 403-432.

¹²⁹NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.24.

¹³⁰GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11.ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.70.

implica, por exemplo, a submissão do Direito à Economia e vice-versa e a perda da própria lógica dos elementos que acoplam tais estruturas e permitem as pontes de transição.

Feitas essas demarcações introdutórias, insta destacar que o presente trabalho objetiva debater fenômeno jurídico-econômico específico, que abrange tópicos referentes ao Direito do Trabalho (subsistema laboral), no campo da transterritorialidade das atividades dos conglomerados corporativos (subsistema empresarial), especialmente os fabris, sob o enfoque da proteção dos direitos sociais trabalhistas a partir do método da transjuridicidade. A problemática que se apresenta e necessita de uma resposta apropriada é: dado os critérios de validade do Direito nacional e o surgimento de controvérsias que se iniciam em território nacional, mas repercutem policentricamente, na sociedade global, é possível combater, ainda que indiretamente, a dilapidação de garantias mínimas trabalhistas em Estados com normatização precária por intermédio da internacionalização do direito do trabalho e da defesa dos diálogos entre as ordens civis criadas por esses entes de direito internacional, além de sua atuação na proteção internacional (com reverberações nas ordens estatais) dos direitos trabalhistas, ainda que por *background* de natureza social (OIT) ou de hígidez do comércio multilateral (OMC)?

O Direito tem buscado, constantemente, combater a retirada de divisas financeiras, a título de evitar ilícitos como a lavagem de capitais, a evasão fiscal e toda sorte de crimes contra o sistema financeiro. Para tanto, a expressão *Paraíso Fiscal* tem sido didaticamente utilizada para definir as ordens jurídicas tributárias que se enquadram como regime fiscal privilegiado¹³¹, nos termos do art. 24-A, da Lei Nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996¹³². Empresta-se a locução ao presente contexto, com a respectiva adaptação, no intuito de se estudar como promover a tutela dos direitos trabalhistas de empregados contratados pelas multinacionais, ainda que de forma terceirizada ou quarteirizada (se essas forem utilizadas com fins de sonegação sistemática de direitos laborais), nos *Paraísos Normativos*¹³³.

¹³¹Embora não se trate de atividade eminentemente ilícita em si mesma, por se tratar inicialmente de elisão fiscal, os Paraísos Fiscais podem abrigar fraudes tributárias.

¹³²O parágrafo único do art. 24-A considera regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

¹³³Por Paraísos Normativos entenda-se aqueles Estados cuja legislação de direitos sociais trabalhistas é considerada débil face aos padrões internacionais, mormente aqueles estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, e tidas como minimamente aceitável para a sobrevivência do empregado, em termos de atendimento às necessidades básicas.

O tema merece o devido estudo, em face das constantes notícias de pulverização produtiva de multinacionais para locais de baixo custo social e dos crescentes protestos por motivos distintos e explanáveis a bom tempo, feito por organizações de trabalhadores tanto dos países reputados como desenvolvidos como pelos ditos periféricos. Nesse quadro, é evidente como a relação dialógica já aludida pode cooperar para o melhoramento das legislações frágeis, seja por intermédio dos instrumentos jurídicos disponibilizados pela OMC, OIT ou pela atuação conjunta dos respectivos órgãos, aliada a utilização do direito nacional – em uma perspectiva de solução de males internacionais.

Na primeira seção, serão tracejados alguns aspectos introdutórios sobre o comércio e a corrida internacional dos mercados e sua relação com o mundo do trabalho; o segundo tópico encarregar-se-á do estudo da constituição da OIT, de seu papel e do fenômeno da internacionalização dos *standards* laborais como mecanismo para propiciar um comércio internacional equitativo, bem como da existência de garantias trabalhistas que envolvam a atuação da OMC nos tratados multilaterais de comércio internacional; a terceira tratará o papel dialógico de transjuridicidade entre a OIT e a OMC na proteção aos direitos trabalhistas e o enfrentamento de problemas que tangenciem a figura dos *Paraísos Normativos*. Por último, a proposta da liberdade como elemento de ponderação entre a soberania estatal e a necessidade de resguardo dos direitos trabalhistas.

2.1 GLOBALIZAÇÃO, COMÉRCIO INTERNACIONAL E TRABALHO

A transição histórica das sociedades primitivas até a época pós-moderna significou uma mudança de perspectiva no que se refere aos modos de produção e ao modelo de tratamento geográfico das interações humanas. O advento de períodos intermediários, como o medieval feudalista, juntamente com o desenvolvimento de técnicas agrícolas, o aumento da produção, o desenvolvimento das cidades e a consolidação de uma classe burguesa foram fundamentais para a preparação de um ambiente institucional e econômico propício ao surgimento de um estilo comercial que prestigia a busca de lucros e o acúmulo de capital¹³⁴.

Observando-se a antiguidade até os séculos XIV e XV, percebe-se um descompasso entre a capacidade de produção e de consumo, resultando em baixa produtividade e falta de alimento para abastecer os núcleos urbanos. Concomitantemente, não havia mercado consumidor para a produção artesanal. Era premente a necessidade de ampliação dos

¹³⁴DI SENA JÚNIOR, Roberto. **Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba, Juruá, 2008, p.30-33.

mercados fornecedores de gêneros alimentícios em troca de produtos artesanais europeus e a saída dos limites nacionais para estabelecer novos contatos mercantis através das grandes navegações. Cinco séculos mais tarde, com a política neocolonialista, os países europeus, os EUA e o Japão intentavam novos mercados para escoar o excesso de produção e de capitais, transformando o continente Africano e Asiático em centros fornecedores de matéria prima e consumidores de produtos industrializados, tracejando um quadro de dependência econômica dos países mais pobres em relação aos mais ricos. Ao longo desses dois períodos, foram consolidados os elementos globais de aumento do intercâmbio comercial e a bipolarização mundial entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas.

Dessa síntese histórica, depreendem-se duas marcas temporais: as transformações operacionalizadas na tipologia mercantilista que advogava pela expansão dos mercados, mas com parciais restrições no mercado interno; e a fase seguinte que teve como marco os estudos de Adam Smith na formulação de uma teoria liberal econômica (*Investigação sobre a Natureza e as causas da Riqueza das Nações*, de 1776) e a autorregulação do mercado com a ausência de intervenção do Estado nas relações comerciais, sob o argumento dos benefícios da liberdade econômica e da livre concorrência. Porém, os interregnos, as evoluções e as involuções dos fatos históricos [re]orientaram o caminho das formas de atuação dos atores do comércio internacional, a saber os dois grandes conflitos mundiais. Uma sensível alteração nas funções e na forma como a ordem econômica deveria ser conduzida foi detectada. O comércio internacional, nesse cenário, foi um instrumento de reorganização produtiva e de reconstrução de Estados Nacionais defenestrados pela Primeira e Segunda Guerra Mundial, a partir da ótica do ser humano como centro e destinatário de todas as normas, inclusive as econômicas.

Em 1929, a quebra da Bolsa de Nova Iorque foi um divisor de águas no comércio internacional. O cooperativismo internacional revelou-se como uma saída segura para um mundo Pós-1945 esfacelado em valores e, profundamente, fissurado em suas relações diplomáticas. A criação da Organização das Nações Unidas e do Sistema de *Bretton Woods*, em 1944, foram esforços políticos e institucionais no sentido de garantir a paz e de promover uma estrutura de estabilidade. Desse período, desdobrou-se “(...) a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), e da Organização Internacional do Comércio”¹³⁵.

¹³⁵BARRAL, Welber de. **O comércio internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.27.

A regulamentação do comércio internacional de cunho multilateral nasceu, em meio a um intenso intercâmbio entre os povos, reforçada, sobretudo na década de 60 em diante, pelos auspícios da revolução científica e tecnológica. O avanço das práticas mercantis e da expansão dos potenciais consumidores precisava ser coadunado com a necessidade de desenvolvimento social conectado ao aumento do livre comércio. Simultaneamente, os sistemas de informações, devido à massificação da mídia e da cibernética, evoluíram em uma velocidade nunca antes experimentada, o que acabou por lançar maiores desafios ao Direito, tradicionalmente enclausurado nos ordenamentos jurídicos paroquiais.

Consolidava-se a Globalização. Diante de todo esse processo de dinamicidade, as relações humanas (leia-se econômicas para os fins por ora analisados) foram incrementadas e, por consequência, surgiram conflitos entre os agentes da nova ordem internacional. Posto que o Direito e a Economia são ciências que se complementam, justificável o aparecimento de uma globalização jurídica, capaz de lidar com problemáticas mais amplas e politexturais, a serem conduzidas pelos organismos internacionais e, em tempos mais recentes, engendradas pelas Cortes Nacionais.

Embora haja registros históricos do termo globalização que datam de, aproximadamente, quatrocentos anos, os processos identificados com tal palavra são relativamente recentes, considerando que, apenas nos últimos quarenta anos, a globalização passou a descrever um conjunto relativamente inédito de transformações. Compreenda-se, portanto, a globalização como “o processo de internacionalização dos fatores produtivos”¹³⁶. Caracteriza-se pelas empresas transnacionais alargando as suas atividades, difundindo técnicas de produção e homogeneizando paradigmas de produção e consumo. Tudo isso aliado ao gradual “desaparecimento” das fronteiras nacionais e à larga difusão das informações.

Da segunda metade do século XX em diante, a utilização do vocábulo também foi inserida no âmbito da comunicação, do meio ambiente e da soberania dos Estados. Contemporaneamente, não se resume apenas ao mundo econômico, à produção em larga escala e à agilidade das informações, mas repercute em todos os aspectos da vida humana, incluindo a privacidade e a intimidade, a cultura e a comunicação representando um avanço irreversível e contemplando uma série de transformações tão inimagináveis que, dificilmente, pode-se prever ou esperar algo certo ou determinável em um futuro próximo. Ainda que sentida como um conjunto de sistemas mais ou menos organizados, a globalização norteia-se

¹³⁶BARRAL, Welber de. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p.48.

pela típica falta de organização teórica e de funções, que se relacionam de modo frenético, notadamente quanto ao aspecto financeiro e que, contraditoriamente, demandam providências globais e ignoram os elementos históricos, culturais e psicológicos locais e nacionais¹³⁷.

As barreiras comerciais entre os países, gradativamente, dissolveram-se com a consolidação dos blocos econômicos e com o incentivo dos governos à atração do capital estrangeiro. O comércio internacional firmou-se como uma inarredável e irreversível realidade que movimenta capitais, serviços e pessoas, canalizados pela implantação de políticas de integração econômica, de privatização e de instalação de empresas de caráter transnacional. Em 1980, a OMC registrou uma balança de US\$ 2.036.000 milhões de dólares, a título de exportação de mercadorias em âmbito mundial. Em 2014, as cifras relativas à mesma categoria atingiram US\$ 18.935,000 milhões¹³⁸. Se o *trade* entre os países e/ou blocos econômicos vem se avolumando, incrementam-se, proporcionalmente, os problemas. No novo contexto mercadológico, não se admite o rompimento das relações comerciais, deixando de existir o conceito de “honra ferida”¹³⁹ e surgindo interesses a tratar. Resolver tais problemas na era da globalização significa se debruçar essencialmente sobre métodos céleres, seguros, sigilosos e eficientes, aptos a resguardar os direitos dos agentes econômicos, sem ensejar causá-los prejuízos ou perdas em operações vantajosas no futuro.

A grande mutação no estilo de vida do homem moderno ocorreu fundamentalmente pela combinação do fenômeno urbanístico com o progresso tecnológico e industrial, cujo benefício reverberou alterações potentes na configuração das estruturas sócio-econômicas, “dando origem à mobilidade social, a novos papéis da família e dos gêneros, uma transição demográfica e à especialização do trabalho”¹⁴⁰. Os padrões de vida, com o crescimento econômico moderno, foram elevados, permitindo a difusão da tecnologia para grande parte da população, melhores índices de desenvolvimento humano e alargamento da expectativa de vida. Entretanto, o abismo entre ricos e pobres aumentou. O questionamento feito por Sachs é pertinente: “Por que um vasto abismo separa o sexto da humanidade que vive nos países ricos do sexto do mundo que mal consegue sobreviver?”¹⁴¹.

¹³⁷DIENG, Adama. The rule of Law in a Changing World. DIENG, Adama (Org.). **Globalisation, Human Rights and the Rule of Law** – The Review – International Commission of Jurists. Geneva: ICJ, 1999. p.7-10. p.8-9.

¹³⁸WORLD TRADE ORGANIZATION. **International Trade and Market Access Data Interactive Tool**. Disponível em: < https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_e.htm >. Acesso em 25 de maio de 2015.

¹³⁹ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem**: a solução viável. São Paulo: Ícone, 1997, p.128.

¹⁴⁰SACHS, Jeffrey. **O fim da pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos. São Paulo, Companhia das Letras, 2005, p.63.

¹⁴¹SACHS, Jeffrey. **O fim da pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos. São Paulo, Companhia das Letras, 2005, p.77.

Inclusive as nações periféricas conseguiram atingir algum tipo – insatisfatório – numérico de crescimento econômico. Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano – 2015, “atualmente, o IDH global é de 0,702, sendo que, a maioria dos países em desenvolvimento, continuam a registrar avanços, muito embora o ritmo de progresso se mantenha extremamente desigual”¹⁴², porém, ainda que os números de aparente prosperidade financeira brilhem em uma análise perfunctória, os efeitos perpetrados pelo capitalismo não são absolutamente positivos. Não adentrar-se-á, no corrente trabalho, em questões meritórias atinentes às perspectivas liberais ou marxistas acerca da economia ou do modo de organização da sociedade, mas é imperioso pontuar – e a realidade internacional, especificamente a dos países em desenvolvimento justifica o argumento – algumas consequências ocasionadas pela perseguição ao lucro e às vantagens competitivas. O quadro externado, caracterizado pela ausência de oportunidade de desenvolvimento efetivo a todos os países, pela inexistência de um ambiente hígido de livre mercado – em termos liberais clássicos – denota o agravamento de um quadro desenhado desde o advento da propriedade privada e da divisão do trabalho: as Disparidades Sociais.

Entender o conceito de desenvolvimento limitadamente a crescimento econômico é um dos sintomas de um mundo desigual e afetado pela polarização entre ricos e pobres. Ainda que as taxas monetárias indiquem aumento de riqueza deve-se alertar que “o crescimento econômico, embora necessário, não é condição suficiente para o desenvolvimento, que tampouco se afigura como um processo unidirecional”¹⁴³. Nesse sentido, a soma de riqueza interna impulsionada pelos índices de crescimento pode ocultar uma realidade de “retrocessos sociais, ambientais” ou implicar em mau “desenvolvimento”¹⁴⁴.

O comércio internacional globalizado, para ser efetivamente funcional, alimenta-se da produção dos bens e dos serviços, que, por sua vez, reclamam mão de obra com encargos sociais reduzidos, sem estuário normativo rígido de garantias trabalhistas. No âmbito das relações de trabalho, a globalização e o liberalismo representam mais que simples um reflexo dos acontecimentos internacionais sobre os contratos laborais realizados nos territórios dos Estados Nacionais. Revelam a competição acirrada entre os *players* e a ação estruturada pelos governos nacionais na tentativa de atrair investimentos, ainda que a maximização da

¹⁴²PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório de Desenvolvimento Humanos 2014**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2015, p.33.

¹⁴³SACHS, Ignacy. **Inclusão social pelo trabalho**: desenvolvimento humano, trabalho decente e o futuro dos empreendedores de pequeno porte. Rio de Janeiro: Garamond, 2003, p.63..

¹⁴⁴Ibid., p.63.

produtividade e a minimização dos custos sociais se traduzam em debilitação do patamar mínimo civilizatório garantidor de dignidade ao ser social trabalhador.

Desde a década de 80, vários movimentos posicionaram-se no sentido de conferir maior importância à vontade das partes contratantes e relegar, a segundo plano, a lei. Nesse cenário, o Estado intervém minimamente nos ajustes das relações de trabalho. O próprio mercado e os contratantes determinam as cláusulas contratuais regentes. Os defensores da desse novo papel estatal argumentam ser tendência do mercado global a redução de benefícios sociais em troca da manutenção do emprego – a chamada flexibilização trabalhista. Todavia, no cálculo econômico de um produto ou de um serviço, o trabalhador é matematicamente reduzido a um custo que, naturalmente, integrará o preço final do que se pretende comercializar. A busca natural dos grandes conglomerados econômicos transnacionais é por ambientes de menores encargos sociais. Multinacionais fecham suas empresas estabelecidas em locais onde os salários são elevados a fim de se restabelecerem em outras regiões, onde a mão de obra seja menos custosa, deixando de observar os direitos mínimos dos trabalhadores com vistas a alcançar superiores patamares de lucros¹⁴⁵. Esse quadro delineado, designado dumping social pela doutrina trabalhista, é propalado, eminentemente, pela globalização, caracterizada pela migração de trabalhadores para países com melhores níveis salariais e, paralelamente, a classe patronal tendenciosa a procurar vias de instalações alternativas em locais com políticas jurídico-salariais discutíveis do ponto de vista digno societário. O dumping social escancara, assim, suas duas características básicas: traduz-se em uma vantagem econômica sobre os concorrentes, somada a depreciação de maneira sobrelevada dos valores sociais do trabalho, vilipendiando direitos trabalhistas, resultando em verdadeira precarização das condições de labor.

A prática do dumping social é um sintomático efeito colateral do processo socioeconômico conhecido como *Race to the Bottom* (ou *Race to the Efficiency*), cujo cerne é uma competição provocada por Estados Nacionais (ou entre entes federados, dentro de um mesmo território, no caso das ‘guerras de incentivos fiscais’) por intermédio de subsídios ou de incentivos tributários, da eliminação de barreiras alfandegárias e da diminuição de padrões trabalhistas, calcada em baixos salários, com o fito de atrair investimentos internacionais. A questão, bem peculiar do modelo globalizador, que cultiva a interdependência econômica e financeira dos países na corrida do comércio internacional provoca situação danosa tanto aos trabalhadores dos Estados desenvolvidos como dos que recebem as fábricas. Aqueles porque

¹⁴⁵JOHNSON, Debra; TURNER, Colin. **International Business: Themes and Issues in the Modern Global Economy**. 2. ed. New York: Routledge, 2010, p.359.

integram o exército de desempregados, ameaçados pela flexibilização, pela desregulamentação extrema dos patamares laborais e pela redução dos postos de trabalho; estes porquanto são afetados pelo dilema de se manterem em um estado de miséria ou por assentirem em emprego com péssimas condições de trabalho¹⁴⁶. Além disso, a violência, como mecanismo de controle das condições de trabalho, subjacente aliada ao enfraquecimento da capacidade reativa sindical são vetores de degradação das já deficitárias garantias laborais.

O resultado prático da mobilidade promovida pela desterritorialização da força produtiva são dois fenômenos concomitantes, porém não excludentes, que se comunicam e tem seu fundamento em previsões da própria Organização Internacional do Trabalho.

O primeiro intitula-se mobilidade produtivo-laboral exojurígena centrípeta, cuja definição pode ser dada em razão da migração de trabalhadores de países periféricos em direção aos centrais, ante a ausência de oportunidades ou os baixos índices de empregabilidade nos seus locais de origem. A aspiração de perseguir melhores condições de vida em países desenvolvidos ou em desenvolvimento, naturalmente, não se dá apenas em relação aos frágeis índices de alocação de mão de obra, mas também decorre de variáveis razões, tais quais conflitos étnicos, genocídios e guerras, escassez de alimentos e água, catástrofes naturais, dentre outros. A migração dos trabalhadores sinaliza que esses buscarão postos de trabalho no novo território. Nesse cenário, existem distintos perfis de mão de obra que surgirão: a mais qualificada que será absorvida por elevados postos de trabalho e a semi-qualificada alocada em situações menos seguras e salubres. O resultado é uma inflação da força laboral já disponível, acarretando decréscimo dos níveis salariais, até mesmo em países desenvolvidos. Os trabalhadores migrantes, geralmente submetidos a condições de ilegalidade, seja quanto à permanência ou quanto à própria formalização da relação empregatícia, submetem-se a exaustivas jornadas de trabalho, situam-se em atividades que representam alto risco à saúde e à segurança e, em determinados casos, flagrantes condições análogas a de escravos, a exemplo dos trabalhadores bolivianos no setor têxtil no Estado de São Paulo, dos trabalhadores Haitianos, que adentram o território nacional pela fronteira entre Peru e Brasil, ou do tráfico de mão de obra (com início em 1972) de trabalhadores africanos para a Europa em regime de semi-escavidão, que despertou a atuação do ECOSOC

¹⁴⁶HOUGH, Phillip A. A Race to the Bottom? Globalization, Labor Repression, and Development by Dispossession in Latin America's Banana Industry. **Global Labour Journal**: Vol. 3: Iss. 2, p. 237-264, p.239.

(Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas), que propôs medidas contra o transporte ilegal e exploratório desses indivíduos¹⁴⁷.

A constatação dessa realidade migratória é de relevância para a definição do conceito de dumping social, no entanto, aparentemente, não tem sido considerado pela doutrina especializada através da incorporação do custo de transação como lucro direto pelo empregador sem a redução do valor do produto ou do serviço, o que não representaria diretamente uma alteração no ambiente concorrencial, mas empoderaria financeiramente o agente econômico resultando em maior capitalização ao seu dispor para, inclusive, expandir suas atividades produtivas baseado nessa política trabalhista alheia aos desígnios legais. A situação de trabalhadores migrantes em condições de precariedade aliada ao temor quanto à deportação, à insegurança, à necessidade e à falta de assistência dos Estados receptores desses trabalhadores interfere diretamente na autonomia decisória dos respectivos trabalhadores que não tem ao seu dispor opções reais de emprego em condições aceitáveis.

A preocupação internacional quanto à tutela dos trabalhadores migrantes no âmbito da Organização Internacional do Trabalho e da Organização das Nações Unidas tem crescido de forma sensível, destacando-se a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias (ONU), a Convenção sobre Trabalhadores Migrantes (Convenção 97, OIT) e a Convenção sobre as Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidade e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes (Convenção 143, OIT). Esses documentos internacionais determinam que os Estados possuam políticas de acolhimento, de cuidado e de tratamento aos trabalhadores migrantes, vedando condutas discriminatórias, dentre outros temas, quanto à remuneração, compreendidos os abonos familiares quando esses fizerem parte da mesma, à duração de trabalho, às horas extraordinárias, às férias remuneradas, às restrições do trabalho a domicílio, à idade de admissão no emprego, à aprendizagem e à formação profissional, ao trabalho das mulheres e dos menores (Art. 6º da Convenção 97, aprovada, ratificada e promulgada pelo Brasil, tendo o termo inicial de sua vigência, em território nacional, em 18 de junho de 1966).

O segundo desdobramento das relações entre comércio, globalização e trabalho pode ser definido como uma mobilidade produtivo-laboral endojurígena centrífuga. Nessa perspectiva, pode-se identificar dois fenômenos específicos: em uma visão mais transnacional, os *players* globais deslocam as unidades fabris para países periféricos no intuito

¹⁴⁷ZAHREDDINE, Danny; REQUIÃO, Ricardo Bezerra. Brasil e o regime internacional de proteção aos trabalhadores migrantes. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v.1., p.96-120, CEDIN: 2014. p.105.

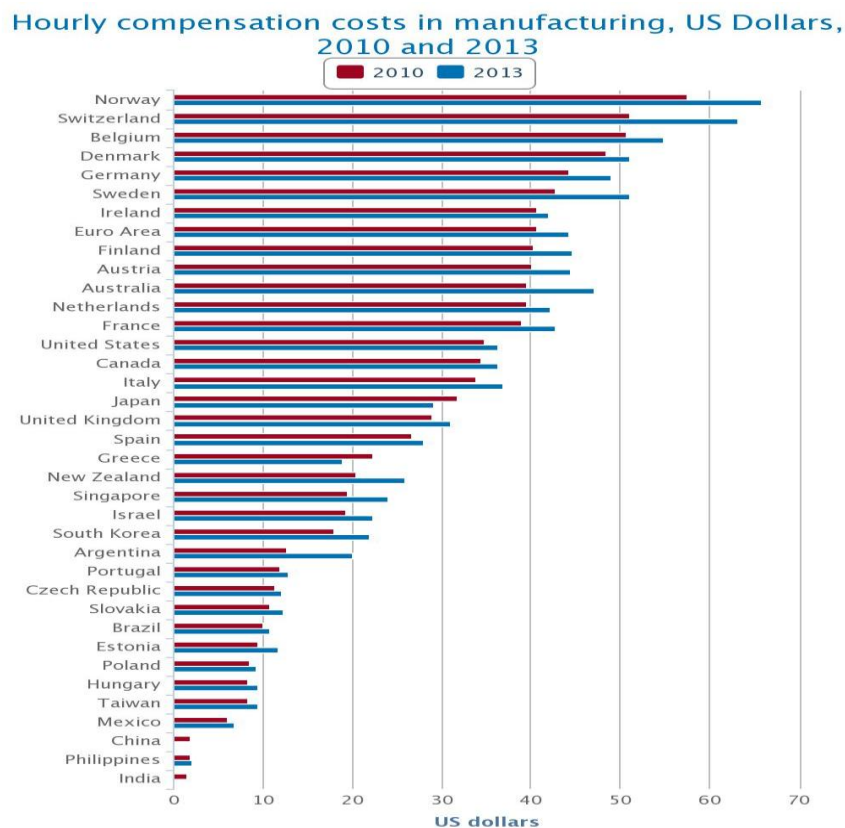
de baratear os custos de produção, atraindo uma força de trabalho local em direção aos polos industriais e, por conseguinte, migrações no âmbito do próprio território nacional ou migrações entre localidades próximas, ainda que provenientes de Estados distintos, mas igualmente periféricos. Por intermédio de observação voltada às peculiaridades internas, constata-se que os conglomerados econômicos nacionais, sobretudo de países em desenvolvimento, conseguem movimentar trabalhadores dentro de um mesmo território, notadamente de regiões mais empobrecidas e de oportunidades trabalhistas reduzidas. O efeito prático desse fenômeno é o mesmo da mobilidade exojurígena centrípeta, pois para esses trabalhadores um posto de trabalho em condições deficientes é mais vantajoso do que o desemprego absoluto e acarreta consequências econômicas e sociais para os trabalhadores dos Estados Centrais (nos quais estão localizadas as matrizes dos atores do deslocamento ora comentado): erosão salarial de padrões trabalhistas em variados setores desses países, nos quais os trabalhadores outrora detentores de melhores condições ficam reféns de uma possível extinção do posto de trabalho, em razão da ameaça de instalação em Estados com menores patamares salariais, leis pouco tutelares quanto à segurança no meio ambiente de trabalho, com a cultura da repressão a movimentos sindicais¹⁴⁸.

A matéria não é de simples enfrentamento, na medida em que envolve questões de soberania nacional na formulação de políticas e de regras trabalhistas, repercussão no mercado internacional e questões atinentes ao protecionismo dos países desenvolvidos. Embora os países desenvolvidos acusem os subdesenvolvidos de negligência à legislação trabalhista (por não a adotarem nos padrões propugnados pela OIT) ou, até mesmo, de ignorância, o que fundamenta a proteção do mercado interno com relação aos produtos criados com labor lesado nas mais básicas garantias, o valor do trabalho tem sido o ponto crucial para a prática de dumping e o *race to the bottom*, ocasionando a instalação de fábricas em países onde o valor remuneratório é baixo e há numerosa informalidade laboral. O ponto nevrálgico da discussão: as nações desenvolvidas, sob a alegação de que os ínfimos encargos sociais e o escasso rol de proteções trabalhistas afetam indiretamente seus trabalhadores, exigem a utilização de controle comercial a partir de critérios de *labor Standards*, enquanto que os países em desenvolvimento resistem em aplicar tais mecanismos com base em um suposto protecionismo dos países ricos.

Em 17 de dezembro de 2014, *The Conference Board* (EUA), fundada em 1916, uma das mais respeitadas associações de pesquisa em negócios divulgou um estudo comparativo

¹⁴⁸TONELSON, Alan. **The Race to the Bottom**: why a world worker surplus and uncontrolled free trade are sinking American living standards. Boulder: Westview Press, 2002, p.53-59.

do valor médio pago por hora em 33 países, tendo como parâmetro os anos de 2010 e 2013 (Figura 1, *Hourly compensation costs in manufacturing, 2010 e 2013*)¹⁴⁹:



Note: Compensation costs include direct pay, social insurance expenditures, and labor-related taxes. Data for China and India are not strictly comparable with each other or with data for other countries. For complete definitions, country information and a description of data limitations associated with estimates for China and India, see the Technical Notes and Country Notes supplementing this report.

Source: The Conference Board, International Labor Comparisons program

Fonte: The Conference Board

Conforme expressado no gráfico, o valor total inclui pagamento direto, gastos com seguridade e encargos sociais. Isso significa dizer que o aumento da remuneração entre 2010 e 2013 não implicou, necessariamente, em incremento do poder de compra real e no recebimento direto da remuneração pelo trabalhador. O relatório completo do *The Conference Board* assevera que, do total dos custos trabalhistas, nos países asiáticos, a porcentagem relativa aos encargos sociais é de menos de 20 por cento, enquanto que, na Bélgica, no Brasil e na Suécia, atinge até 33%. Quando analisadas conjuntamente, percebe-se que, nos países com menor custo social (do ponto de vista das obrigações determinadas pelo Estado ou pelos sindicatos), a porcentagem paga diretamente ao trabalhador representa a maior parte da

¹⁴⁹ UNITED STATES OF AMERICA. The Conference Board – Trusted Insights for Business Worldwide. **International Comparisons of Hourly Compensation Costs in Manufacturing, 2013**. Disponível em: <<https://www.conference-board.org/ilcprogram/index.cfm?id=2826>>. Acesso em 27 de maio de 2015.

porcentagem, muito embora o valor real salarial seja bem diminuta. O simbolismo dessa afirmação para o estudo presente é claro no sentido de que encargos sociais estão menos sujeitos às regras de mercado ou às barganhas econômicas do que uma política cambial de salários. Naturalmente, menores taxas de encargos para o empregador, além de remuneração geograficamente inferior, representam custo reduzido e, portanto, atrativo para os agentes transnacionais e justificam a lógica capitalista de maximização do lucro e de redução dos custos de produção.

Comprova-se, assim, que o valor da hora de trabalho é fato influenciador notório no momento da eleição da localidade de instalação fabril. Têm sido veiculados bastantes casos de pulverização produtiva de multinacionais em locais de baixo custo social ou com fiscalização ineficiente quanto às jornadas de trabalho ou às regras de segurança e de saúde, com a utilização de trabalho infantil ou em condição análoga a de escravo, a exemplo da *Nike* no Paquistão, no Vietnã, na China e na Indonésia¹⁵⁰. A questão, além dos problemas de superexploração do trabalho humano, significa cenários ainda mais graves que terminam em acidentes laborais, tais como o do trágico acidente causado pelo desmoronamento de um complexo têxtil – o *Rana Plaza Building* - fabricante de roupas e de acessórios para marcas famosas estrangeiras, em 2013, na localidade de Savar, próximo de Dacca, Bangladesh, causador da morte de, aproximadamente, 1200 pessoas e de ferimentos em outras 2500.

2.2 DUMPING SOCIAL TRANSNACIONAL E A REPÚBLICA POPULAR DA CHINA

A proposta desse trabalho, além de fornecer um esboço doutrinário para a reformulação da teoria geral do direito do trabalho, é demonstrar a plausibilidade da tese defendida pela análise de casos concretos. Nesse sentido, a prática do *dumping* por companhias chinesas já tem sido reconhecida em âmbito empresarial e pelos órgãos de regulação e de comércio exterior nacionais. O Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio Exterior (MDIC)¹⁵¹, vinculado à Presidência da República, mantém, na sua estrutura administrativa, a Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), que, por sua vez, reúne

¹⁵⁰FRAHM, Carina. O dumping social e o direito do trabalho. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. (Org.). **Globalização e o Comércio Internacional no Direito da Integração**. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 286.

¹⁵¹O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior foi criado pela Medida Provisória nº 1.911-8, de 29/07/1999 - DOU 30/07/1999, tendo como área de competência os seguintes assuntos: política de desenvolvimento da indústria, do comércio e dos serviços; propriedade intelectual e transferência de tecnologia; metrologia, normalização e qualidade industrial; políticas de comércio exterior; regulamentação e execução dos programas e atividades relativas ao comércio exterior; aplicação dos mecanismos de defesa comercial e de participação em negociações internacionais relativas ao comércio exterior.

quatro departamentos: o Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX), o Departamento de Negociações Internacionais (DEINT), o Departamento de Defesa Comercial (DECOM), o Departamento de Estatística e Apoio à Exportação (DEAEX) e o Departamento de Competitividade no Comércio Exterior (DECOE). O DECOM possui atribuição delineada pelo art. 29¹⁵² da Portaria GM/MDIC Nº 06, de 11 de janeiro de 2008 e, após a apuração de condutas que configurem práticas desleais, no âmbito do comércio transnacional, reconhecidas pela Organização Mundial do Comércio, submete parecer que, ao final, será apreciado pela Câmara de Comércio Exterior-CAMEX, órgão integrante do Conselho de Governo da Presidência da República que tem por objetivo a formulação, a adoção, a implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços, incluindo o turismo¹⁵³. Havendo contestação sobre preços praticados por agentes em regime de concorrência estrangeiros, a CAMEX decide pela fixação de direitos *antidumping* compensatórios, provisórios ou definitivos, e salvaguardas, nos termos do art. 2º, inciso XV, do Decreto Nº 4.732, de 10 de junho de 2003. Ocorre que as investigações para a configuração de *dumping* exigem a participação, no processo administrativo, de todas as partes interessadas, e, em determinados casos, não há a cooperação das empresas acusadas da conduta desleal e, nem tampouco, dos países exportadores.

Dentre alguns casos brasileiros, os produtos chineses tem ganhado destaque frente à DECOM em face das queixas apresentadas por alguns setores da indústria nacional, que alegam ameaça ou prejuízo decorrente da entrada de produtos chineses em sistema de

¹⁵² Art. 29. Ao Departamento de Defesa Comercial compete: I – examinar a procedência e o mérito de petições de abertura de investigações e revisões de dumping, de subsídios e de salvaguardas, previstas em acordos multilaterais, regionais ou bilaterais, com vistas à defesa da produção doméstica; II – propor a abertura e conduzir investigações e revisões, mediante processo administrativo, sobre a aplicação de medidas antidumping, compensatórias e de salvaguardas, previstas em acordos multilaterais, regionais ou bilaterais; III – propor a aplicação de medidas antidumping, compensatórias e de salvaguardas, provisórias ou definitivas, previstas em acordos multilaterais, regionais ou bilaterais; IV – examinar a conveniência e o mérito de propostas de compromissos de preço previstos nos acordos multilaterais, regionais ou bilaterais na área de defesa comercial; V – propor a regulamentação dos procedimentos relativos às investigações de defesa comercial; VI – elaborar as notificações sobre medidas de defesa comercial previstas em acordos internacionais; VII – acompanhar as negociações internacionais referentes a acordos multilaterais, regionais e bilaterais pertinentes à aplicação de medidas de defesa comercial, bem como formular propostas a respeito, com vistas a subsidiar a definição da posição brasileira; VIII – participar das consultas e negociações internacionais relativas à defesa comercial; IX – acompanhar e participar dos procedimentos de solução de controvérsias referentes a medidas de defesa comercial, no âmbito multilateral, regional e bilateral, bem como formular propostas a respeito, com vistas a subsidiar a definição de proposta brasileira; X – acompanhar as investigações de defesa comercial abertas por terceiros países contra as exportações brasileiras e prestar assistência à defesa do exportador, em articulação com outros órgãos governamentais e com o setor privado; e XI – elaborar material técnico para orientação e divulgação dos mecanismos de defesa comercial.

¹⁵³ A CAMEX É composta pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, a quem cabe a presidência da CAMEX, e pelos Ministros de Estado Chefe da Casa Civil; das Relações Exteriores; da Fazenda; da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; do Planejamento, Orçamento e Gestão; e do Desenvolvimento Agrário.

competição desleal com os brasileiros. Para a configuração de dano à indústria nacional, o MDIC avalia a evolução dos indicadores das importações e da indústria doméstica¹⁵⁴, enquanto a aferição da ameaça considera, além dos fatores acima, taxa de crescimento significativa das importações do produto objeto de *dumping*, suficiente capacidade ociosa ou iminente aumento substancial na capacidade produtiva do produto estrangeiro, importações realizadas a preços que terão efeito significativo em reduzir preços domésticos ou impedir o aumento dos mesmos e estoques do produto sob investigação.

A alegação dos produtores nacionais sustenta que as empresas chinesas se utilizam da prática de preços de exportação inferiores àqueles que pratica para o produto similar nas vendas em seu mercado interno. Segundo os dados divulgados pelo MDIC, existem 155 procedimentos originais ou revisionais de aplicação de direito *antidumping* em vigor, sendo 62 deles referentes à China, que dizem respeito a diversos produtos oriundos daquele país: calçados, chapas acrílicas, chapas grossas, chapas off-set, eletrodos de grafite, filmes de PET, ímãs de ferrite, lápis de madeira, magnésio metálico, pneus de carga, porcelanato técnico, seringas descartáveis, tubos de cobre ranhurados, tubos de plástico para coleta de sangue a vácuo, vidros planos flotados incolores e ácido adípico¹⁵⁵. Diante da repressão brasileira aos produtos chineses que causaram danos à indústria doméstica, a estratégia de alguns importadores, a exemplo do setor de calçados, foi realizar triangulação, diminuindo a importação direta da China e aumentando a de países como Vietnã, Malásia, Indonésia e Hong Kong, que funcionavam como meros certificadores dos produtos ilesos à incidência das taxas *antidumping* aplicadas diretamente aos produtos chineses. Em uma das investigações, iniciada em dezembro de 2008, a pedido da Associação Brasileira das Indústrias de Calçados (Abicalçados), na qual foi aplicado o direito *antidumping* definitivo até 05 de março de 2015, constatou-se que a prática desleal resultara em queda de preços, redução das vendas de produtos internos e diminuição de empregos no setor, originados pela conduta predatória chinesa, que se utiliza, dentre outros artifícios, de uma gestão de trabalho questionável, contrariando a doutrina do:

¹⁵⁴Os indicadores das importações são: valor e quantidade; participação das importações objeto de dumping no total importado e no consumo e nos preços. Os parâmetros considerados na avaliação da indústria doméstica são: vendas e participação no mercado; lucros; produção, capacidade produtiva e grau de ocupação; estoques; produtividade, emprego e salários; retorno dos investimentos; amplitude da margem de dumping; crescimento e capacidade de captar recursos ou investimentos; fluxo de caixa, balanço patrimonial e demonstrativos de resultado; preços domésticos e margem de subcotação (diferença entre o preço do produto doméstico e o preço do produto importado internado).

¹⁵⁵MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. **Medidas em Vigor**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4027>>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

(...) *fair trade*, também conhecida como comércio justo, segundo a qual o mercado internacional não deve consumir produtos de países que descumprem a legislação trabalhista e explorem seus trabalhadores. Para os adeptos dessa corrente, numa situação como essa nasce, para os demais países, uma obrigação moral e ética de não tirar proveito de quem é explorado¹⁵⁶.

Considerando-se a dogmática regente do comércio exterior e a forma como se estruturaram os critérios de competitividade, a guerra pela atração de investimentos no cenário global e transnacional, necessariamente, passa pelo incentivo fiscal e pelas condições comerciais. A corrida pela eficiência ignora a observância de questões relativas aos direitos humanos sociais. Nesse ínterim, comprova-se indiferente a muitos produtores se a prática empresarial exercida é proba ou não, restando como prioridade a obtenção de um volume de mercado cada vez maior. O problema, todavia, é mais crônico do que aparenta. As resoluções da CAMEX consideram, exclusivamente, os critérios constantes nos acordos internacionais de matéria comercial para a configuração do *dumping*, isto é, os custos unitários do produto similar que servem como paradigma, entendendo-se como tais os custos de produção (excluídos os trabalhistas na análise da DECOM por falta de previsão no âmbito internacional) e administrativos¹⁵⁷. Isso significa que custos produtivos que consideram a força de trabalho nas fábricas chinesas não são objeto de investigação pelo MDIC, até mesmo pela inviabilidade técnica e jurídica sancionatória, que acabaria por adentrar em questões de soberania legislativa daquele país e comprovação de ausência de aplicabilidade da legislação de fiscalização por parte dos órgãos competentes em solo chinês, além da lacuna de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos trabalhistas e pela

¹⁵⁶SILVA, Iris Elena da Cunha Gomes da. Dumping Social e relações de trabalho na China. Dumping social e relações de trabalho na China. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, n. 2, p. 43-54, jan./jun. 2012, p.47. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_2/3-artigo7_dumping.pdf]. Acesso em 05 de outubro de 2015.

¹⁵⁷O Brasil regulamentou o reconhecimento dos direitos antidumping e dos direitos compensatórios por meio da Lei nº 9.019 de 30 de março de 1995. No art. 1º, o dispositivo legal enumera quais os direitos reconhecidos: Art. 1º Os direitos antidumping e os direitos compensatórios, provisórios ou definitivos, de que tratam o Acordo Antidumping e o Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, aprovados, respectivamente, pelos Decretos Legislativos nºs 20 e 22, de 5 de dezembro de 1986, e promulgados pelos Decretos nºs 93.941, de 16 de janeiro de 1987, e 93.962, de 22 de janeiro de 1987, decorrentes do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Gatt), adotado pela Lei nº 313, de 30 de julho de 1948, e ainda o Acordo sobre Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 e o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, anexados ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (OMC), parte integrante da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt, assinada em Marraqueche, em 12 de abril de 1994, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, serão aplicados, mediante a cobrança de importância, em moeda corrente do País, que corresponderá a percentual da margem de dumping ou do montante de subsídios, apurados em processo administrativo, nos termos dos mencionados Acordos, das decisões PC/13, PC/14, PC/15 e PC/16 do Comitê Preparatório e das partes contratantes do Gatt, datadas de 13 de dezembro de 1994, e dessa lei, suficientes para sanar dano ou ameaça de dano à indústria doméstica.

inexistência de cooperação internacional fiscal para o combate de tais condutas. Somem-se a esses fatos os reflexos de ordem diplomática e econômica decorrentes de sanções econômicas e a ampliação das aplicações de direito *antidumping* contra parceiros comerciais de grande envergadura econômica, tais como a China. A atuação e a cooperação diplomática ao lado da utilização dos meios disponibilizados pela OIT e pela OMC, portanto, ergue-se como uma arma de maior efetividade frente ao dumping social transnacional, conforme se abordará adiante.

A China tem se destacado como centro de produção e potência global. Com taxas de crescimento anuais do Produto Interno Bruto que superam as mais otimistas para um mundo que oscila entre crise e superávit, a China ganhou espaço próprio, no cenário internacional, e assombra os pioneiros mundiais¹⁵⁸. A abertura comercial ao capitalismo global, desde o final da década de 1970, permitiu a esse país, de tradição secular comunista, a experiência como ator global com várias particularidades, que sinalizam um tipo híbrido de capitalismo de Estado com permissão à iniciativa privada para a exploração da atividade empresarial que convive com irrisória liberdade individual¹⁵⁹. Além da produção têxtil, de calçados e eletrônicos, o território chinês tem servido, por razões geográficas, jurídicas, regulatórias e fiscalizatórias, como um verdadeiro paraíso para grandes corporações do setor tecnológico. A explosão de crescimento econômico chinês evidencia-se, ao mesmo tempo em que há a prioridade por investimentos em cidades e em zonas costeiras (que facilita o escoamento da produção), um descontrolado processo migratório interno de trabalhadores e graves denúncias de lesões ambientais nos processos produtivos.

Mesmo percorrendo o último século sustentada em uma ideologia que, em tese, elevaria o trabalho e o proletário a status de prioridade, a China é acusada por muitos produtores globais de infringência contínua aos direitos humanos, no processo de crescimento econômico. O capitalismo chinês, tal qual ocorre em qualquer nação que o adote, tem servido como mecanismo de promoção social de pessoas de um mundo de miséria para um patamar

¹⁵⁸Um relatório do World Bank, de 2011 informa que, entre 1990 e 2009, o Produto Interno Bruto Chinês cresceu 560,22%, maior índice registrado dentre todos os países, rendendo-lhe a terceira posição no ranking das maiores economias do mundo. Entre 2006 e 2014, saiu de um PIB de US\$ 2.729.784.031.906,1 para US\$ 10.360.105.247.908 em 2014. Cf. WORLD BANK. **World Development Indicators**. Washington D.C.: Disponível em: <http://data.worldbank.org/country/china#cp_gdp>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

¹⁵⁹A China é o 139º país (dentre 178 mapeados) em liberdade econômica, com pontuação 52,7, considerado majoritariamente não livre, de acordo com os parâmetros do levantamento, que considera os seguintes itens: liberdade de empreendimento, liberdade de negociação, liberdade fiscal, gastos governamentais, liberdade monetária, liberdade de investimento, liberdade financeira, direitos de propriedade, índice de corrupção e liberdade de trabalho. The Heritage Foundation. **2015 Index of Economic Freedom** – Promoting Economic Opportunity and Prosperity Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/pdf/2015/book/Highlights.pdf>>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

superior de acesso a bens e serviços. Os índices sociais de desenvolvimento humano da China melhoraram substancialmente após o período de *boom* econômico proporcionado pelas políticas de industrialização, nos últimos vinte e cinco anos, com registros acima da média mundial: “(...) enquanto o mundo melhorou seu índice em 9% de 2000 a 2010, saltando de 0,570 para 0,624, a China registrou variação de 17%, atingindo 0,663 em 2010 (...) Comparado ao Brasil, o crescimento chinês foi praticamente o dobro do período”¹⁶⁰. A explicação não exige maiores aprofundamentos: por menor que seja o aumento da liberdade econômica, a qualidade geral de uma população é elevada e o governo chinês preferiu a via do progresso econômico que, com todas as deformidades e as críticas pertinentes, repercuta diretamente na qualidade de vida dos seus nacionais.

Com uma população de, aproximadamente, 1,364 bilhões de pessoas, a China significa um grande mercado consumidor, uma proximidade aos fornecedores de matérias-primas dos países asiáticos para a indústria dos eletrônicos e uma farta mão de obra com baixo poder de negociação salarial, embora a faixa de remuneração mínima oficial seja próxima à brasileira, de difícil fiscalização pelas autoridades governamentais. O modelo chinês pauta-se em uma superprodução industrial exportadora que requer larga oferta de mão de obra, originária primariamente das estatais e de um êxodo rural famélico que não cessa e que fornece um exército disponível por baixo salários oferecidos por filiais, por parceiras e por terceirizadas de grandes companhias ou que com elas celebram contratos de facção. No início dos anos 90, o Conselho de Estado Chinês, por meio do plano decenal (1991-2000), priorizou uma política industrial desenvolvimentista de atração de investimentos diretos estrangeiros, combinada com uma intervenção estatal na economia que promovesse os setores de alta tecnologia, tais como eletrônicos, máquinas e bens manufaturados, indústria de base, setores metal-mecânico de bens de capital e de produtos químicos. A estratégia chinesa de desenvolvimento setorizado deu resultados ascendentes. Influenciada pela experiência dos vizinhos asiáticos e com uma política agressiva de industrialização e de internacionalização (produzindo por meio dos créditos e dos investimentos diretos estrangeiros e com as exportações e as importações – comércio exterior), a execução do oitavo plano quinquenal (1991-1995) e do nono plano quinquenal (1996-2001) investiu no que a regra básica do desenvolvimento econômico

¹⁶⁰MASIERO, Gilmar et al. **Competitividade industrial chinesa: impacto econômico e realidade socioambiental**. Curitiba: Juruá, 2012, p.67.

leciona: diminuir as exportações de bens primários e incrementar o parque industrial para deixar de ser um país agrícola e passar para o seletivo grupo dos industrializados¹⁶¹.

Em razão desse cenário e da participação cada vez maior na matriz comercial internacional (em 2001, a China foi oficialmente admitida como membro da Organização Mundial do Comércio), a legislação trabalhista chinesa recebe olhares mais atentos, pois sua transmutação, assim como a adoção de rasos patamares salariais, influencia diretamente a escolha de investidores transnacionais sobre (como, onde e quando) a instalação de suas unidades produtivas. As mudanças, no sistema regulatório trabalhista chinês, estão visceralmente conectadas ao redesenho jurídico de suporte ao desenvolvimento e à transição de uma economia socialista para uma de abertura de mercado. Estima-se que a força de trabalho chinesa consista em mais de 800 milhões de trabalhadores, pelo menos 130 milhões de migrantes oriundos do campesinato que remetem parte dos salários pagos para sustentar ou ajudar na manutenção das famílias nas localidades de onde saíram¹⁶². O perfil laboral chinês figura-se como de baixa qualificação, constituído por força basicamente manual, que não atende aos reclames de postos que exigem maior qualificação, equiparando, em termos salariais, no mesmo nível, graduados universitários e operários industriais, ainda que a ascensão na carreira seja mais rápida e vantajosa para os primeiros.

Nathan Jackson explica que a mudança das leis trabalhistas chinesas se deu sensivelmente desde o momento de saída de um modelo que concentrava escritórios governamentais, os quais alocavam os trabalhadores para os empregadores disponíveis¹⁶³. Os empregados detinham estabilidade no emprego e manutenção de benefícios sociais, somente podendo ser dispensados por faltas graves. No início da década de 1980, algumas pequenas reformas trabalhistas foram realizadas, que regularam juridicamente os contratos por prazo determinado e, em 1992, foi promulgada uma lei sindical subordinava todos os entes coletivos trabalhistas do país ao *All-China Federation of Trade Unions-ACFTU*, sob o comando do governo central, em uma espécie de unicidade sindical estatal que, conquanto nos últimos anos tenha militado mais ostensivamente pelos direitos trabalhistas, ainda criminaliza qualquer tentativa de criação de sindicatos livres, autônomos e não filiados à ACFTU. Os sindicatos chineses tem uma percepção diferente da noção coletiva que outros locais. Verificam-se sindicatos de trabalhadores capturados e custeados pelos empregadores, grande

¹⁶¹MASIERO, Gilmar et al. **Competitividade industrial chinesa: impacto econômico e realidade socioambiental**. Curitiba: Juruá, 2012, p.53.55.

¹⁶²JACKSON, Nathan. **Chinese Labor and Employment Law**. University of Iowa Center for International Finance and Development, April 2011, p.2.

¹⁶³Ibid., p-2-3.

repressão às lideranças sindicais que monopolizam as negociações e compromete movimentos reivindicatórios de melhores salários e condições de vida.

O papel dos sindicatos chineses é dar suporte local aos trabalhadores e, ao mesmo tempo, conter suas movimentações. Na verdade, funcionam como bases do partido comunista chinês, na intermediação com as empresas, sem que isso expresse um conflito coletivo de trabalho ou uma interferência nos interesses desenvolvimentistas do país. As dificuldades de negociação quanto aos salários e às cláusulas de trabalho eclodiram em uma onda de greves, em 2010, que se iniciaram em uma fábrica da Honda Autoparts Manufacturing, em Foshan (província de Guangdong), capitaneada por estagiários e trabalhadores temporários que recebiam em torno de US\$ 144 de salário mensal, seguida pela greve dos trabalhadores da Honda Lock, em Zhongshan, da Hyundai e da Toyota, em Pequim e em Tianjin, respectivamente, e dos trabalhadores da Foxconn e resultaram em, pelo menos, treze greves nas cadeias produtivas japonesas da China e que atingiram o setor alimentício e têxtil¹⁶⁴. Ainda que a organização autônoma e a deflagração do movimento paredista sejam proibidas na China, as greves de 2010 foram toleradas e permitidas pelo governo (com pressão e algumas repressões ao movimento) e serviram de vitrine das precárias condições salariais e de trabalho incrustradas em setores industriais para a imprensa e a comunidade internacional. A visibilidade conferida ao obscuro mundo do trabalho chinês foi precisamente descrito pela sequência de catorze suicídios de trabalhadores da Foxconn, vítimas de uma rotina de trabalho mais assemelhada a um campo de concentração que a uma relação empregatícia. Os fatos exigiram das autoridades chinesas maior firmeza na efetividade das regras que edita, aumento do valor do salário mínimo e alteração na política trabalhista, além de compelir as grandes corporações a reverem os padrões de trabalho e de salários pagos aos operários, resultando em um aumento entre 24% e 34%¹⁶⁵.

Em 1994, um conjunto de reformas econômicas e trabalhistas resultou, no cenário chinês, no fechamento de empresas estatais, na eliminação de mais de quarenta milhões de postos de trabalho e na transformação da pobre província de Guangdong em um importante centro industrial doravante investimentos da iniciativa privada nacional e de Hong Kong. Em 01 de julho de 1995, entrou em vigor a Lei do Trabalho da República Popular da China com

¹⁶⁴MASIERO, Gilmar et al. **Competitividade industrial chinesa: impacto econômico e realidade socioambiental**. Curitiba: Juruá, 2012, p.185-194.

¹⁶⁵Ainda assim, há questionamentos acerca dessas porcentagens, pois o salário nas fábricas da Foxconn, por exemplo, calcula-se por salário-base ao que se somam as horas extras, a gratificação por desempenho e o bônus. O reajuste concedido se deu sobre o valor básico (de US\$ 172 para US\$ 190), só configurando um aumento real se os trabalhadores continuassem a prestar horas extraordinárias e se adequassem ao ritmo de produção exploratória da empresa. Somente após as contínuas denúncias dos trabalhadores e da cobrança dos clientes da Foxconn, a empresa concedeu reajuste sobre o vencimento básico.

aplicabilidade às empresas privadas e estatais e que coabita com regulamentos laborais próprios das províncias, das maiores cidades e de algumas zonas econômicas especiais. A lei do contrato de trabalho, válida desde 01 de janeiro de 2008, concedeu maior liberdade de negociação entre empregados e empregadores, criou rol de direitos individuais, fortaleceu a representação coletiva, impôs contratos escritos com cláusulas explícitas sobre a descrição do emprego, períodos de descanso, salário, condições de trabalho e maiores proteções trabalhistas para os que forem contratados com a intermediação de agências de emprego¹⁶⁶.

O diferencial da economia chinesa nos custos trabalhistas de produção se dá pelas várias opções de níveis remuneratórios, pela frágil vigilância em termos de acidentes e de doenças do trabalho oriundos de jornadas extenuantes de atividades repetitivas e pela falta de treinamento adequado aos trabalhadores. O salário mínimo é fixado por hora ou por mês pelas províncias e municípios, cuja variação do salário médio pago se verifica em até três vezes de uma região para outra e com patamares consideravelmente inferiores aos salários pagos nos países desenvolvidos¹⁶⁷. A lei geral do contrato de trabalho chinesa, com 27 artigos, estabelece um módulo de jornada semanal de quarenta horas, durante cinco dias, prevê a remuneração extraordinária (entre 150 e 300% de adicional sobre a hora normal) pelo excesso de jornada de trabalho, limitando-se a um quantitativo de uma a três horas por dia e trinta e seis horas por mês. Porém, a grande massa de trabalhadores pobres e desqualificados contemplada com baixos salários cria um cenário de opção para jornadas exaustivas, que se anacroniza nos casos de salário pago por peça ou tarefa e, por vezes, ainda mais achatados face aos descontos ilegais realizados por defeitos e atrasos na produção¹⁶⁸.

¹⁶⁶O modelo normativo chinês, conforme anotado, reúne legislações mais gerais com outras suplementares nas províncias e nas cidades. A regulamentação das questões laborais é considerada um fato relativamente novo. Enquanto outros Estados possuem regras que vigoram por décadas, o direito do trabalho chinês não tem mais do que trinta anos. As principais leis federais são: Lei do Trabalho da República Popular da China (vigência em 01 de julho de 1995), Lei do Contrato de Trabalho da República Popular da China (vigência em 01 de janeiro de 2008, com emenda vigente em 01 de julho de 2013); Lei da Promoção do Emprego da República Popular da China (vigência em 01 de janeiro de 2008); Lei de Mediação e Arbitragem em conflitos trabalhistas da República Popular da China (vigência em 01 de Maio de 2008); Lei dos Sindicatos Trabalhistas da República Popular da China (vigência em 37 de outubro de 2001); Regulamento da Lei do Contrato de Trabalho da República Popular da China (vigência em 18 de setembro de 2008); Parecer sobre implementação de questões relativas à Lei do Trabalho na República Popular da China (emitido em 04 de julho de 1995); Lei de Imigração da República Popular da China (vigência em julho de 2013). BAKER & MCKENZIE INTERNATIONAL. **China Employment Law Guide - 2013**. Disponível em: <http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/North%20America/DoingBusinessGuide/Dallas/br_china_employmentlawguide_13.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2015, p.3-4.

¹⁶⁷A média salarial em Beijing é três vezes maior do que a paga na província de Jiangxi. JACKSON, Nathan. **Chinese Labor and Employment Law**. University of Iowa Center for International Finance and Development, April 2011, p.4.

¹⁶⁸JACKSON, Nathan. **Chinese Labor and Employment Law**. University of Iowa Center for International Finance and Development, April 2011, p.5-6.

Os monitoramentos feitos em várias cidades das distintas regiões chinesas registraram atrasos nos pagamentos dos salários e não pagamento das horas extraordinárias, salários pagos abaixo do mínimo permitido, prática de discriminação com os trabalhadores migrantes, alto índice de informalidade dos contratos de trabalho e jornadas de trabalho de até oitenta horas semanais¹⁶⁹. O questionamento em relação aos níveis e à qualidade dos postos de trabalho nos Estados Centrais suscita a erosão dos níveis de pagamento e de empregabilidade desses países em razão da corrida pela eficiência em solo chinês. O que se considera aqui não é a relação entre o salário e o custo de vida, dado que naturalmente não se pode comparar objetivamente condições de vida distintas, mas a vantagem comparativa obtida pelas corporações ao se utilizarem de baixas remunerações e não investirem em segurança e em saúde no trabalho ou incidirem em abuso do trabalho infantil, gerando um lucro incorporado, comparado ao que teriam em seus Estados de origem e obstaculizando a fiscalização das regras trabalhistas.

Do ponto de vista dogmático, a legislação chinesa contempla regras de proteção previdenciária, de direito ambiental do trabalho, obrigacionais quanto à informação e à proteção da integridade física dos empregados, compulsórias quanto ao fornecimento de treinamento e de equipamentos de proteção, mandamental quanto à impossibilidade de recusa ao cumprimento de ordens que representem risco à saúde e à segurança do trabalhador, ao aviso prévio de trinta dias para o rompimento do contrato laboral e à proibição do trabalho infantil para menores de dezesseis. Há, ainda, dispositivos legais na legislação chinesa de promoção de isonomia entre homens e mulheres, inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, vedação de contratação discriminatória e absorção da força de trabalho de nacionalidades minoritárias, além de seguro-desemprego, indenização por acidentes de trabalho e doenças profissionais e ocupacionais e uma rede de seguridade social nacional similar à brasileira, inclusive, com previsão de aposentadorias e de benefícios previdenciários.

Atribui-se a diminuta eficácia social da legislação chinesa à indiferença de muitos empregadores, às sanções administrativas inconsistentes em âmbito local, ao desconhecimento dos direitos trabalhistas pelos trabalhadores dado o insignificante nível de instrução e o medo de represálias por parte dos empregadores em casos de denúncias quanto ao descumprimento da legislação, bem como outros fatores que têm despertado a preocupação do Partido Comunista Chinês e, em larga escala, servem a um sistema de lento progresso legislativo e de aplicação do direito positivo naquele país¹⁷⁰. Porém, sabe-se que a atuação

¹⁶⁹MASIERO, Gilmar et al. **Competitividade industrial chinesa: impacto econômico e realidade socioambiental**. Curitiba: Juruá, 2012, p.175-177.

¹⁷⁰BAKER & MCKENZIE INTERNATIONAL, 2013, p.1-2.

solitária da lei nunca dirimiu os problemas da humanidade, porquanto não possui vida própria e nem tampouco autoaplicabilidade. Até a mais alta expressão de um Direito Estatal – a Constituição –, nas palavras de Ferdinand Lassale, nada mais é que folha de papel se comparada às forças reais de poder. Nessa toada, tal qual como ocorre com matérias referentes à Propriedade Intelectual e ao Direito Ambiental, devidamente disciplinadas normativamente, não se destinam recursos suficientes para agências e órgãos com protocolos de cooperação para aplicação e cumprimento das leis trabalhistas existentes¹⁷¹.

A atividade de fiscalização administrativa da legislação trabalhista é realizada parcialmente (é necessária previsão contratual) pelos sindicatos, mas, eminentemente, por agentes do Estado, no âmbito do Ministério dos Recursos Humanos e da Seguridade Social e dos departamentos administrativos locais com todas as prerrogativas de poder de polícia, podendo ter acesso e inspecionar locais de trabalho, documentos e equipamentos de segurança fornecidos pelos empregadores¹⁷². Se noticiada uma violação de direitos trabalhistas, as punições variam (de acordo com a natureza do direito) entre multa, suspensão e cassação da licença de funcionamento da empresa, com possíveis repercussões criminais indiciadas pela secretaria de segurança pública chinesa, caso se verifiquem hipóteses de violações de bens jurídicos tutelados pelo direito penal do trabalho, a exemplo do cárcere privado e da violência no ambiente de trabalho.

A despeito da existência de uma tutela normativa, a distribuição dos deveres dela decorrente é duvidosa. O ônus de reportar acidentes de trabalho, por exemplo, recai especialmente sobre os trabalhadores, os quais, para receber e obter os benefícios da tutela estatal correspondente, precisam comprovar que há vínculo contratual com seus empregadores para fazer jus aos benefícios previdenciários. A dificuldade de comprovação da relação contratual trabalhista é apenas uma parte do problema. Durante o período de recuperação e de tratamento médico, o ônus do pagamento salarial é do empregador e, segundo pesquisas realizadas, apenas 30% o fazem por ignorar completamente a legislação. Além disso, se o acidente de trabalho foi causado por culpa exclusiva da vítima, o benefício é negado, ainda que o sinistro laboral tenha se dado em razão de fadiga, de distração ou de falta de treinamento. Caso conseguissem obter o auxílio governamental, poderiam esperar anos ou meses para efetivamente auferir diante da burocracia estatal e da diversidade de regras existentes, mas, desde 2011, com a nova regulamentação dos seguros relativos aos danos

¹⁷¹ZIMMERMAN, James. Labour Law: Trends and practices in China. **Rule of Law in China: Chinese Law and Business**. N.6, 2007, p.2-6, p.3.

¹⁷²Ibid., p.4.

decorrentes do trabalho, o governo chinês tem tentado reduzir os prazos para a concessão dos auxílios securitários¹⁷³.

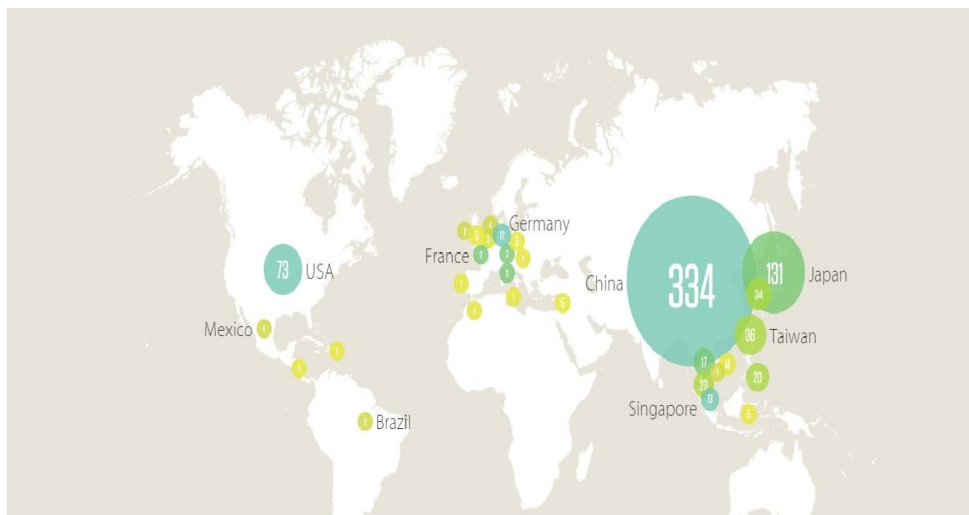
2.2.1 O caso Apple

O mercado chinês está repleto de multinacionais europeias, norte-americanas e asiáticas. O país depara-se com um mosaico econômico que associa práticas institucionais de variadas culturas e formas absolutamente distintas de enxergar o mundo do trabalho. Existem, basicamente, quatro perfis de empresas na ordem econômica sínica: as estatais, as companhias privadas domésticas, as empresas estrangeiras e as chamadas híbridas, que atuam em sistema de *joint-ventures*. O direito trabalhista chinês é aplicável a todos os empregados que prestem o serviço em âmbito nacional, independentemente da origem e do tipo de companhia a qual estejam subordinados. Não obstante a dogmática assegure um conjunto de direitos fundamentais trabalhistas e existam instrumentos de combate às ilegalidades, alguns casos noticiados, sobretudo nos últimos cinco anos, chamaram a atenção e redirecionaram o foco para empresas transnacionais que fornecem produtos integrantes do cotidiano da modernidade. O simbolismo das marcas da tecnologia, os vestuários, as calçados e os automóveis se alimentam de imposição do consumo e da expansão de lucratividade que se socorre de novas formas de produção e de segmentação que escancaram a abertura chinesa a essas empresas antes impedidas de atuação pelo modelo comunista estatizante.

Uma, dentre tantas outras, marcas que tem atividades em funcionamento, no território chinês, é a *Apple*. Afora os casos de contrafação e pirataria dos produtos da marca fundada por Steve Jobs, a China é considerada um país parceiro na montagem de aparelhos eletrônicos e no fornecimento de peças dentro do processo de desterritorialização produtiva da Apple. Atualmente, o continente asiático mantém toda a coluna produtiva da empresa (Figura 2 – Fornecedores e Instalações de montagem final da Apple)¹⁷⁴:

¹⁷³JACKSON, Nathan. **Chinese Labor and Employment Law**. University of Iowa Center for International Finance and Development, April 2011, p.8-9.

¹⁷⁴APPLE. **Supplier responsibility**. Disponível em: <<http://www.apple.com/supplier-responsibility/our-suppliers/>>. Acesso em 13 de outubro de 2015.



Fonte: Apple

Mundialmente conhecida pelo modo particular de trabalhar e de revolucionar a indústria da tecnologia, a Apple, historicamente, adotou a política do sigilo interno e externo quanto às suas operações indo na contramão das teorias de governança corporativa que pregam a transparência¹⁷⁵. Entretanto, as queixas ventiladas na mídia sobre suas parcerias e seus métodos de gestão no mundo de trabalho têm forçado a companhia a rever seu *modus operandi*.

Detentora dos direitos de propriedade intelectual e fabricante dos conhecidos produtos da linha I (Ipad, Iphone, Ipod, Itunes), sede no Estado da Califórnia, em Cupertino, no Vale do Silício, a Apple Computer Incorporation foi fundada, em 1975, por Steve Jobs e Steve Wozniak. No início dos anos 1990, enquanto o mercado de computadores crescia exponencialmente nos Estados Unidos, a estratégia utilizada para conferir competitividade à Apple focou-se em duas frentes: “(...) investimentos em pesquisa e desenvolvimento para viabilizar o fornecimento de uma variedade de novos produtos e redução de custos para manter ou melhorar as margens de lucratividade enquanto reduzia os preços”¹⁷⁶. A segunda opção teve por estratégia o deslocamento dos centros de distribuição e de operação de serviços da área costeira de São Francisco para Sacramento, na Califórnia. A fase de internacionalização dos fornecedores e das subsidiárias montadoras foi inaugurada pela instalação de um ponto central de fornecimento, em Cork, Irlanda, em 1991, e com os subsídios fiscais, a proximidade aos mercados consumidores e a matéria-prima passou por

¹⁷⁵LASHINSKY, Adam. **Nos bastidores da Apple:** como a empresa mais admirada (e secreta) do mundo realmente funciona. São Paulo: Saraiva, 2012, p.25.

¹⁷⁶KOPCZAK, Laura Rock. A Case Study of Apple Computer's Supplier Hubs: A Tale of Three Cities. DORNIER, Philippe-Pierre et al (org.). **Global Operations and Logistics:** Text and Cases. New Jersey: Wiley, 1998, p.186-196, p.188.

uma internacionalização dos seus ativos e expandiu a malha produtiva e de consumo, nos últimos vinte e cinco anos, para os demais continentes.

Da forma como a globalização organiza seus insumos e demandas, a Apple, na mesma linha dos agentes transnacionais, segregou a sua cadeia produtiva por todo o globo. A concepção e o desenvolvimento dos produtos são feitos nos Estados Unidos, o fornecimento das partes componentes é realizado difusamente por empresas nos Estados Unidos, na China, na Ásia e na Europa, a fabricação na China, a armazenagem nos Estados Unidos e a distribuição feita desde cada continente. Na China, grande parte da fabricação concentra-se na cidade de Shenzhen, local onde a montagem dos Ipad e Iphones é realizada primariamente pela fornecedora Foxconn¹⁷⁷, que tem, na Hon Hai Precision Industry Corporation Foxconn, fundada por Terry Gou e sediada em Taiwan, a sua empresa matriz. Trata-se de uma espécie de terceirização tratada como empresa parceira nos relatórios de responsabilidade socioambiental da Apple. Possuidora de mais de vinte fábricas na China, a maior parte delas concentra-se em Shenzhen (província de Guandong) e Chengdu, a Foxconn mantém um verdadeiro campo de produção em larga escala com, aproximadamente, quinhentos mil empregados e ganhou notoriedade pelas greves deflagradas e pelas denúncias veiculadas, desde 2010, acerca das condições de trabalho, nas suas fábricas, que culminaram com o suicídio de catorze empregados¹⁷⁸.

A Foxconn é fornecedora de outras grandes empresas como Hewlett-Packard, Dell, Motorola, Nintendo, Nokia e Sony, porém sua notoriedade se deve, principalmente, em razão do regime de trabalho quase militar que impõe aos seus empregados e pela utilização de métodos rígidos de manutenção de rotinas trabalhistas. Logo após as mortes de 2010, acadêmicos chineses, de Hong Kong e de Taiwan, elaboraram relatórios e pesquisas acerca das condições de trabalho na Foxconn e constataram a prática de jornadas excessivas e a contratação de trabalhadores infantis. Destacam-se, nesse cenário, a diminuta concessão de dias de descanso, além da elevada cobrança produtiva:

¹⁷⁷De acordo com o sítio eletrônico da Foxconn do Brasil, a empresa está entre as 500 maiores do mundo, alcançou 1,5 milhões de empregados em 2012 e é a maior exportadora de produtos industrializados da China (foi classificada por 10 anos consecutivos como a maior exportadora do país e da República Tcheca). Dedicase a integrar experiência em componentes mecânicos e elétricos à uma nova concepção de negócio, para prover soluções de baixo custo e aumentar a demanda dos produtos eletrônicos para todo o mercado e é o principal fornecedor de design, desenvolvimento, manufatura, montagem e serviços de pós-venda para líderes globais de computadores, comunicação e entretenimento. Cf. FOXCONN DO BRASIL. **História**. Disponível em: <<http://foxconn.com.br/Historia.aspx>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

¹⁷⁸2010 foi o ano mais expressivo em números absolutos de suicídios, mas existem registros de 2007, 2011, 2012 e 2013 com notícias de suicídios nas fábricas da Foxconn. Os investigadores e os especialistas em questões laborais atribuem as mortes aos abusos em direitos trabalhistas praticados pela companhia, em especial ao excesso de jornada de trabalho, ao sistema de dormitórios chineses e aos baixos salários pagos.

(...) o número de folgas para 75% dos trabalhadores da Foxconn é 4, enquanto 8% do total de empregados têm menos de 4 dias mensais de descanso (Três locais – Grupo de Pesquisa de Universidades sobre a Foxconn, 2010). Cerca de 73% dos trabalhadores têm jornada superior a 10 horas, e, em média, os trabalhadores acumulam 83 horas extras de trabalho por mês, violando a lei chinesa que fixa um máximo de 36 horas extras por mês.

[...]

As metas de produção fixadas pela Foxconn são muito difíceis de atingir, ainda que com 10 horas/dia de trabalho. A empresa exige que os trabalhadores se “voluntariem” a fazer horas extras que não são remuneradas e, muitas vezes, são necessárias até duas por dia para atingir as metas. O departamento responsável pela administração da produção calcula com precisão de segundos o tempo que cada funcionário leva para cada procedimento, para organizar a produção de forma mais eficiente¹⁷⁹.

A Foxconn funciona durante vinte e quatro horas por dia, utiliza-se, assim, como quase todas as grandes indústrias chinesas, de um sistema de dormitórios conhecido como *danwei*, com, aproximadamente, 10 pessoas por quartos, que estabiliza o fluxo migratório de trabalhadores para as cidades e permite um maior controle da vida privada dos trabalhadores, conformando sua vida unicamente à rotina do trabalho. Considerando que os horários de circulação, de entrada e de saída (além da proibição de visitas) são previamente fixados, qualquer convocação para serviços extraordinários torna-se facilitada dada a proximidade contínua ao local de trabalho. Diante das denúncias e das pressões para o aperfeiçoamento das condições de trabalho, os executivos da Foxconn optaram por aumentar o salário mínimo de US\$ 152 para US\$ 320, limitaram os dormitórios a abrigarem apenas 8 trabalhadores por quarto e restringiram a jornada de trabalho semanal ao máximo de sessenta horas. Diante do aumento e do encarecimento dos patamares salariais e sua repercussão no preço dos produtos, a Apple passou a adquirir parte dos seus produtos de outra empresa, a Pegatron Corporation, de origem taiwanesa, com fábricas na China, cujos custos trabalhistas são oito por cento menores que os da Foxconn, que submete seus trabalhadores a até 100 horas extraordinárias por mês gerando uma economia competitiva de sessenta e um milhões de dólares por ano em apenas uma das fábricas (Shanghai) sobre a planta industrial da Foxconn em Longhua¹⁸⁰. A Pegatron, todavia, ainda não tem recebido a mesma atenção dispensada a Foxconn, motivo pelo qual não implantou melhorias nas condições de trabalho e obtém vantagens competitivas frente à sua concorrente. A resposta da Foxconn às quedas de receitas tem sido a

¹⁷⁹MASIERO, Gilmar *et al.* **Competitividade industrial chinesa:** impacto econômico e realidade socioambiental. Curitiba: Juruá, 2012, p.191-92.

¹⁸⁰GOLD, Michael. **Apple's inability to monitor standards lets Pegatron pay low wages, NGO says.** Taipei: Reuters, 2012. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2015/02/12/us-apple-pegatron-labour-idUSKBN0LG0P820150212>>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

interiorização ainda mais das fábricas na China e deslocá-las para Índia, por exemplo, onde os salários sejam mais baixos e os custos trabalhistas menores.

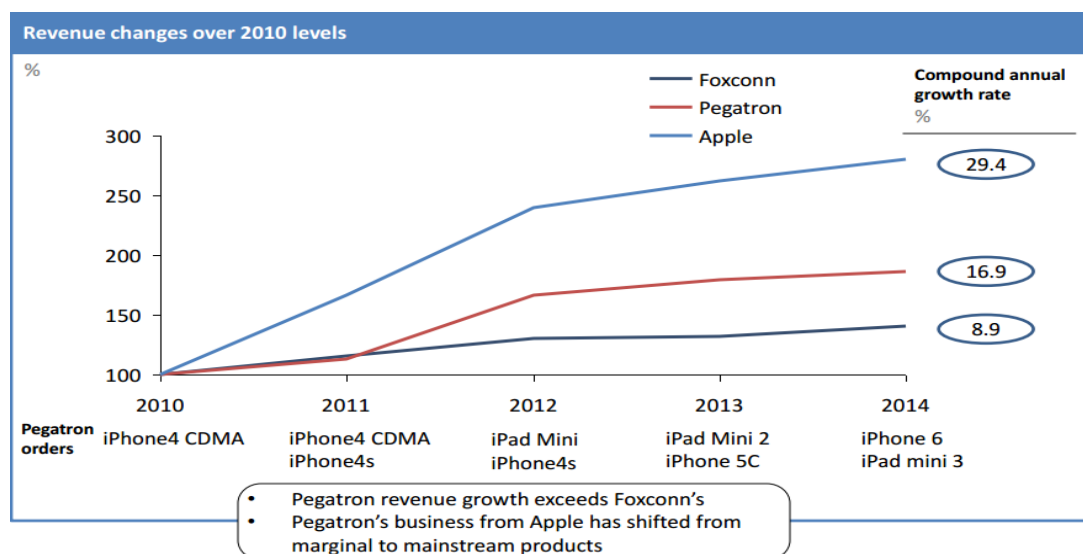
Essa corrida pela eficiência de custos tem beneficiado diretamente a Apple. Responsável por três quintos da lucratividade da indústria de dispositivos móveis, a companhia tem um grande poder para exigir auditorias e fiscalizar melhores condições de trabalho na sua cadeia produtiva de forma que isso implique uma melhoria substantiva na vida dos milhares de trabalhadores envolvidos na cadeia produtiva. Quanto à lucratividade da Apple, note-se que o dumping social transnacional não se dá pela diminuição do valor dos seus produtos, mas pela incorporação da economia com baixos custos laborais na sua lucratividade, sem desconsiderar outros fatores que sejam, de fato, um mérito da empresa. Segundo estudos e monitoramentos realizados pela China Labor Watch¹⁸¹, considerando-se um universo estimado de 1.5 milhões de trabalhadores envolvidos na cadeia produtiva da Apple, com jornada média de 55 horas semanais, durante 13 semanas num trimestre e com um custo trabalhista de US\$ 3.16 dólares por trabalhador e, a partir dos dados trimestrais de lucratividade fornecidos pela própria empresa, os custos trabalhistas foram de 3.4 bilhões de dólares, que correspondem a 18% do lucro líquido e 4.4% do total de receitas¹⁸².

A mudança de fornecedor da Foxconn para a Pegatron pela Apple ocasionou, logo em 2010, uma virada nas taxas de crescimento e de lucratividade dessas duas empresas. A disputa pelos grandes clientes pôs em pauta a influência da melhoria das condições de trabalho sobre as receitas das companhias. Dado que os custos aumentaram para a Foxconn, isso encareceu os produtos negociados, repercutindo nas vendas, nas taxas de crescimento anuais compostas e no valor das ações no mercado de valores (Figura 3 – Variações de receitas em relação aos níveis de 2010¹⁸³):

¹⁸¹A China Labor Watch é uma organização sem fins lucrativos, fundada no ano 2000 e sediada em Nova Iorque e com escritório em Shenzhen (China), que tem colaborado com sindicatos, organizações trabalhistas, e os meios de comunicação para realizar avaliações em profundidade de fábricas na China que produzem brinquedos, bicicletas, calçados, móveis, roupas e eletrônicos para algumas das maiores empresas de marcas multinacionais. O escritório de CLW New York cria relatórios a partir dessas investigações, educa a comunidade internacional em questões trabalhistas da cadeia de suprimentos, e as pressões corporações para melhorar as condições para os trabalhadores. Cf.: CHINA LABOR WATCH. **Who we are.** Disponível em: <http://chinalaborwatch.org/who_we_are.aspx>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

¹⁸²CHINA LABOR WATCH. **Analyzing Labor Conditions of Pegatron and Foxconn:** Apples's low cost reality. New York: CLW, 2015. Disponível em: <http://www.chinalaborwatch.org/upfile/2015_02_11/Analyzing%20Labor%20Conditions%20of%20Pegatron%20and%20Foxconn_vF.pdf>, p.3. Acesso em 12 de outubro de 2015.

¹⁸³CHINA LABOR WATCH, 2015, p.4.

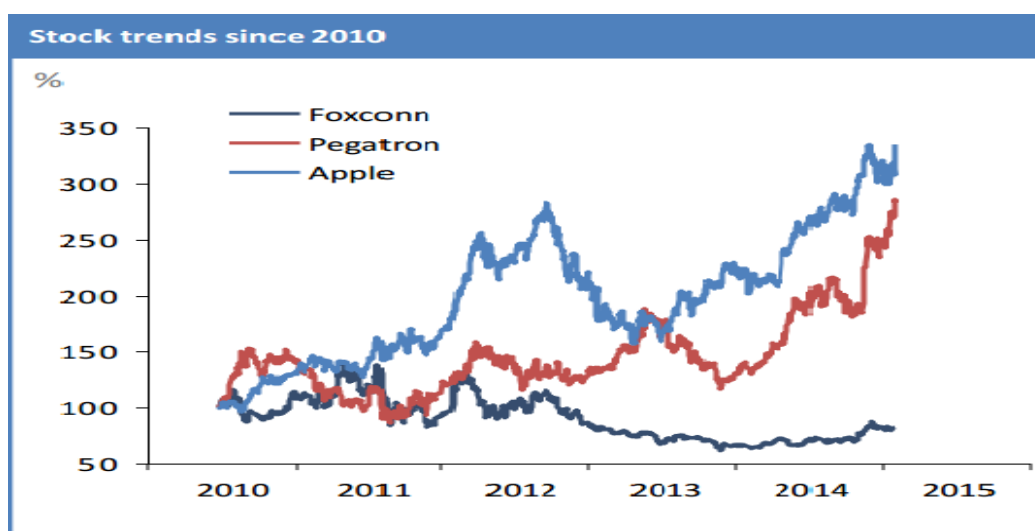


Fonte: China Labor Watch

A Pegatron, por não incorporar maiores custos laborais oriundos das greves de 2010, tornou-se uma opção mais vantajosa para a Apple, que cresceu proporcionalmente mais do que a soma da taxa das duas fornecedoras em conjunto. Um registro, entretanto, deve ser anotado: a cadeia produtiva pulverizada da Apple não se resume ao custo produtivo. Ela considera as menores tributações sobre os rendimentos em territórios estrangeiros, a escalabilidade e o abastecimento de risco de toda a cadeia, ou melhor, a flexibilidade de troca de fornecedores e a capacidade de arregimentação de trabalhadores, bem como a disponibilidade desses para produções e trabalhos de alterações de emergência em um prazo curto que atenda às demandas de mercado. Um caso que exemplifica bem essa afirmação ocorreu em 2007, quando a Apple decidiu redesenhar a tela do Iphone, substituindo a anterior por uma de vidro, poucas semanas antes do lançamento, o que exigira uma revisão da linha de montagem. Os fornecedores e os montadores norte-americanos da empresa alegaram que não havia tempo hábil para tanto, porém os fabricantes chineses, que mantinham dormitórios e sistemas de turnos de trabalho de doze horas, assumiram o contrato, supervisionado pelos últimos. Foram convocados aproximadamente 8000 trabalhadores chineses de seus alojamentos. Segundo revelado por executivo da Apple, os trabalhadores receberam uma xícara de chá e um biscoito e, dentro de noventa e seis horas, a planta industrial passou a produzir mais de 10.000 Iphones por dia, com velocidade e flexibilidade de trabalho que nenhuma fábrica norte-americana lograria¹⁸⁴.

¹⁸⁴ DUHIGG, Charles; BRADSHAW, Keith. **How the U.S. lost out on iPhone work**. New York: The New York Times, 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/01/22/business/apple-america-and-a-squeezed-middle-class.html?_r=5&ref=charlesduhigg&pagewanted=all/>. Acesso em 14 de novembro de 2015.

Dado o cenário de concentração midiática nas ações da Foxconn, os produtos mais conhecidos e prestigiados da Apple passaram a ser fabricados e montados pela Pegatron, que superou a concorrente no crescimento das receitas anuais e na alta da bolsa de valores, mesmo que essa permuta tenha funcionado como uma nuvem de fumaça, com o objetivo de dissimular as práticas empresariais de barateamento de custos e não de prestigiar uma companhia que valorizasse o trabalho decente (Figura 4 – Tendências de ações desde 2010¹⁸⁵):

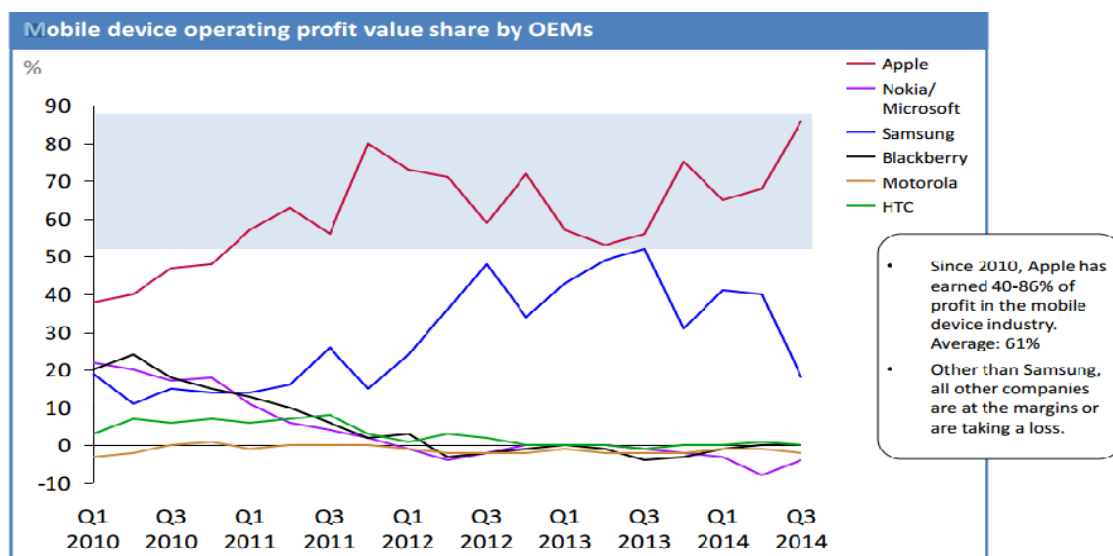


Fonte: China Labor Watch

Enquanto as ações da Pegatron e da Apple caminham em escala ascendente, a Foxconn, desde 2011, tem sofrido desvalorização unitária. Além da queda de sua vantagem concorrencial pelo aumento dos custos trabalhistas, a exposição midiática das denúncias e a associação da marca a condições reprováveis de gestão de trabalho, afastando a Foxconn do conceito de responsabilidade social e governança corporativa promoveu a fuga de investimentos para outros setores. Não há dúvidas de que a Apple foi beneficiada pela sucessão dos fatos descritos. A marca estadunidense coleciona posições invejáveis no mercado de dispositivos móveis. A evolução dos lucros da Apple supera a soma de todas as suas maiores concorrentes, conforme o gráfico a seguir (Figura 5 – Valores em porcentagem

¹⁸⁵ CHINA LABOR WATCH. **Analyzing Labor Conditions of Pegatron and Foxconn:** Apples's low cost reality. New York: CLW, 2015. Disponível em: <http://www.chinalaborwatch.org/upfile/2015_02_11/Analyzing%20Labor%20Conditions%20of%20Pegatron%20and%20Foxconn_vF.pdf>, p.3. Acesso em 12 de outubro de 2015, p.5.

dos lucros das operadoras de dispositivos móveis compartilhados pelos Fabricantes originais de equipamento)¹⁸⁶:



Fonte: China Labor Watch

Muito embora a afirmação de que a posição dominante tenha resultado unicamente por eficiência de custos trabalhistas seja de conturbada e até improvável comprovação, os dados demonstram que há, efetivamente, posição privilegiada no setor pela Apple e a análise integrada com os gráficos anteriores permite afirmar que há indícios de dominação de mercado facilitada pelo abuso de condições de trabalho mais competitivas que resultam em abuso do poder econômico. O conhecimento da realidade chinesa, além de configurar um dumping social transnacional, expõe os trabalhadores daquele país a um sacrifício concorrencial na medida em que são destinatários de escolhas meramente econômicas, reduzindo-os à mercancia, conduta que contraria os fundamentos básicos do direito internacional do trabalho proposto pela OIT.

Confrontada com as graves vinculações de sua marca a práticas imorais de trabalho humano, a Apple, desde 2005, tem divulgado relatórios anuais (*Supplier Responsibility Progress Reports*) sobre auditorias nas empresas subsidiárias e parceiras quanto às condições de trabalho com a criação dos Códigos de Conduta dos Fornecedores, dos padrões de responsabilidade do fornecedor e ao monitoramento da gestão da força de trabalho e a respeito da responsabilidade ambiental. Em todos os relatórios, há o reconhecimento pela

¹⁸⁶ CHINA LABOR WATCH. **Analyzing Labor Conditions of Pegatron and Foxconn:** Apples's low cost reality. New York: CLW, 2015. Disponível em: <http://www.chinalaborwatch.org/upfile/2015_02_11/Analyzing%20Labor%20Conditions%20of%20Pegatron%20and%20Foxconn_vF.pdf>, p.3. Acesso em 12 de outubro de 2015, p.25.

empresa de violações de direitos trabalhistas que variam entre a contratação de trabalho infantil, a cobrança de taxas de recrutamento, o descuido com o descarte de produtos tóxicos nas fábricas, a adulteração de registros dos trabalhadores pelas empresas fornecedoras contratadas, as dívidas por trabalho forçado, a ausência de licenciamento ambiental, o alto índice de doenças ocupacionais, o não pagamento de salário mínimo aos empregados, e as jornadas exaustivas.

No ano de 2014, segundo informação fornecida pela *Apple*, foram realizadas 633 auditorias nos fornecedores, em 19 países, que cobriram mais de 1.6 milhões de trabalhadores, resultados no reembolso de US\$ 3.96 milhões decorrentes de taxas excessivamente cobradas por agenciadores de trabalhadores estrangeiros, US\$ 900.000 a título de horas extras não pagas, no encaminhamento de trabalhadores mirins para escolas com mensalidade integral e salário¹⁸⁷. Quanto à promoção da saúde dos empregados, a meta é a limitação de jornada semanal para os trabalhadores das fábricas parceiras de, no máximo, 60 horas semanais, dado que as jornadas extenuantes são objeto de denúncias recorrentes na cadeia de fornecedores¹⁸⁸ e a total eliminação do trabalho infantil por constituir prática incompatível com os princípios norteadores da *Apple*. As auditorias trabalhistas, sociais e ambientais são realizadas por experts em cada matéria, lideradas por um auditor da Apple e apoiadas por auxiliares locais e contemplam vinte áreas de abordagem, com destaque: trabalho e direitos humanos, saúde e segurança, meio ambiente, sistemas de gerenciamento e ética. O protocolo de fiscalização segue cinco fases: preparação, auditoria local, ações corretivas, monitoramento e verificação de correções. Engloba, por fim, uma série de ações que envolvem a visualização *in loco* das condições de trabalho, além de entrevistas com trabalhadores, confecção de planos de correção junto aos fornecedores e aplicação de sanções a estes últimos que podem culminar até no encerramento dos contratos com a *Apple*¹⁸⁹.

Embora, haja melhoria gradativa dos patamares salariais, não se deve atribuir isso a uma generosidade ética e empresarial da *Apple*. As denúncias veiculadas na internet, nos canais de televisão e nos demais meios midiáticos despertaram, em todo o globo, um engajamento de organizações não governamentais, ativistas de direitos humanos, mas, sobretudo, o nível de informação dos consumidores que passaram a exigir explicações da companhia melhorias no tratamento de questões socioambientais, na produção dos

¹⁸⁷ APPLE. **Supplier Responsibility 2015** – Progress Report. Disponível em: <https://www.apple.com/anzsea/supplier-responsibility/pdf/Apple_Progress_Report_2015.pdf>. Acesso em 04 de novembro de 2015, p.5-6.

¹⁸⁸ Ibid., p.15.

¹⁸⁹ Ibid., p.8-9.

dispositivos eletrônicos adquiridos, o que acabou pressionando as autoridades chinesas a dedicarem maior atenção na investigação e na fiscalização das graves violações de direitos sociais trabalhistas. O ponto de partida de um epicentro de mudanças, em especial nos níveis salariais pagos pela Foxconn, note-se, não se originou de uma postura de proatividade de autoridades públicas ou de uma conduta de eficiência qualitativa de produção industrial. Foi a preocupação com a opinião pública e, principalmente, com os consumidores que motivou a mudança de rota em temas relacionados ao mundo do trabalho, que criou uma necessidade de correção da imagem pública com as condições trabalhistas funcionando como lastro primordial dessa mudança.

Esse fato, ainda que não seja novo no mundo de mercado, traz uma lição importante no combate aos danos de massa em uma sociedade mundializada. À medida que se presencia uma homogeneização cultural demonstrada pela aproximação de valores, de comportamentos, percebe-se que as ilicitudes também receberam um contorno de massa. Isso deve ser visto por uma perspectiva dúplice. Em uma vertente demonstra-se que, na sociedade de massas, o funcionamento básico de produção tecnológica se sustenta pela divisão internacional do trabalho, mas com uma natureza explicitamente coletiva, ou seja, um produto, até chegar às mãos do consumidor final, caminha por várias etapas de produção, diversas cidades, países e por uma congregação de trabalhadores que executaram algum tipo de serviço particular de formação, ainda que diminuto, na montagem da mercadoria. Noutra percepção, a lógica individualista cede lugar a um Direito de Tutelas Coletivas, mesmo que realizado no plano privado, e na mesma toada, a sociedade de consumo aproxima os sujeitos consumidores que demandam, simultânea, mas individualmente (o que confere uma força metaindividual), mudanças na forma de se encarar o meio ambiente e adequação a um perfil de responsabilidade social. A adoção de Códigos de Conduta aplicáveis aos fornecedores e de Padrões Trabalhistas que, em última instância, são direcionados aos trabalhadores, somada à garantia ética aos consumidores como padrão e lema são diretrizes de desfechos comprovadamente positivos a clarificar que as proteções a entes coletivos são frutos da consciência da existência de direitos e de interesses que transcendam a noção de singularidade contratual, cuja marca se personaliza e reverbera no conceito de grupo da população que consome e difunde informação.

A estratégia da Apple, entretanto, tratou de desviar o foco das denúncias. Em 2012, a empresa contratou a consultoria da *Fair Labor Association* na tentativa de melhorar a imagem pública e desviar a atenção da conexão entre a marca *Apple* e as práticas trabalhistas reprováveis para a Foxconn, centro das denúncias de 2010. Contudo, nesse mesmo período, a

Pegatron continuava a operar para a Apple em condições degradantes, mas sem receber os holofotes apontados para a Foxconn, o que ocasionou a melhoria de vida dos trabalhadores apenas dessa empresa e sacrificou sua fatia de mercado, mantendo o benefício de custos para a Apple que agora concentrava a maior parte da produção nas fábricas da Pegatron. A sagacidade de marketing, todavia, foi revelada no final de 2014 quando o canal inglês BBC News exibiu o documentário *Apple's Broken Promises* sobre as condições de trabalho em uma fábrica da Pegatron, em Xangai. Na produção jornalística inglesa, um repórter infiltrou-se na linha de produção no intuito de apresentar a realidade do cotidiano dos trabalhadores chineses e demonstrou que todas as promessas realizadas de melhoria de condições de vida postas nos relatórios anuais de auditoria e divulgadas na imprensa quanto aos fornecedores não haviam sido cumpridas. Os cinquenta e oito minutos do documentário expõem graves violações de direitos básicos, tais como a retenção de documentos de identificação no processo de recrutamento, o que não permitiria a desistência da vaga de emprego, pressões psicológicas, jornadas exaustivas que atingiam até dezesseis horas diárias por dezoito dias consecutivos sem descanso semanal e registros de trabalho infantil em minas de estanho na Indonésia¹⁹⁰.

De tudo o que se expôs, constata-se que a modernidade, o avanço tecnológico, a difusão da informação e a mobilidade trabalhista e produtiva trouxeram para o interior das relações humanas transformações substancialmente consideráveis, uma capacidade mutacional até agora não experimentada nessas proporções. O caso *Apple* denota apenas um caso entre tantas outras companhias que produzem produtos e fornecem serviços que se tornaram praticamente constituintes das identidades consumeristas recentes. Nesse campo de tantas contradições entre imagem, publicidade, consumo, trabalho e realidade, o desafio lançado ao Direito é o de mediador para atingimento do equilíbrio que enseje no acesso a uma concorrência salubre, que disponibilize, em uma cadeia de trabalho decente, produtos de qualidade aos consumidores. Naturalmente, as demandas não são simples e as soluções acompanham a mesma lógica e, por essa razão, contextualizada a problemática, cabe tecer algumas considerações sobre a imprescindibilidade de zelo aos direitos trabalhistas sob a perspectiva dos padrões internacionais estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho e sobre como a ordem instituidora da OIT contribui na construção do conceito de *Paraísos Normativos* para uma possível relação de atuação normativa em cooperativa com a

¹⁹⁰ **APPLE'S Broken Promises**. Direção: James Oliver e Matt Bardo. Produção: BBC Panorama. Londres: BBC, 2014. Documentário, 58'58''. Disponível em: < http://www.dailymotion.com/video/x2df9zb_bbc-panorama-apple-s-broken-promises_tv>. Acesso em 04 de novembro de 2015.

Organização Mundial do Comércio e demais órgãos encarregados de monitorar e regulamentar os aspectos econômicos do *trade* global.

2.3 PARÂMETROS CONCORRENCIAIS NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E GARANTIAS TRABALHISTAS NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

A presente seção visa abordar mais pormenorizadamente a atuação da Organização Internacional do Trabalho no que diz respeito à internacionalização das garantias mínimas trabalhistas e sua inter-relação com as regras do comércio internacional. Quanto à Organização Mundial do Comércio, tema de maior complexidade, não será objeto de estudo analítico no que toca ao seu funcionamento e à sua constituição, mas tão somente no que tange ao diálogo potencial com as normas trabalhistas.

Criada em 1919, como Parte do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho tem como centro de ação a crença de que a paz universal só pode ser alcançada pelas pontes da Justiça Social. Àquela época, o ambiente sociopolítico reclamava um marco na disciplina do trabalho humano e no estabelecimento de padrões éticos e de justiciabilidade mínimos, de maneira a evitar a proliferação de ideologia mercantilista que tratasse o labor como mera simples mercancia redutível a índices de competitividade empresarial. As razões que forneceram a viabilidade institucional da OIT perpassam por uma ordem de seguridade, humanitária, política, mas, sobretudo econômica (um dos *slogans* da OIT é ‘promovendo empregos, protegendo as pessoas’)¹⁹¹. Isso porque a adoção de padrões trabalhistas por determinados países poderia colocá-los em desvantagem competitiva comercial em relação aos não-signtários, ou seja, a adoção de condições mínimas de trabalho, operacionalizadas por uma legislação válida, na seara internacional, indica a imperiosidade de

¹⁹¹O Preâmbulo da Constituição da OIT clarifica os marcos de atuação da Organização: "Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, 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; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho".

instrumentalização das normas laborais como meio para atingimento de um sistema de equilíbrio na ordem econômica internacional e obstáculo à consecução de práticas desleais na concorrência internacional por países que possuem patamares mais baixos de proteção social.

Vinculada à Organização das Nações Unidas, a OIT possui natureza jurídica de direito público internacional e é fruto de discussões travadas desde o início do século XIX, na Associação Internacional dos Trabalhadores (Basileia, 1901), e dos intentos de dois empresários que vislumbravam uma instituição que tratasse de temas relativos ao mundo do trabalho: Robert Owen (1771-1853) do País de Gales e Daniel Legrand (1783-1859) da França¹⁹². Sua Constituição em vigor foi aprovada na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Montreal, Canadá) e tem, como anexo, a Declaração referente aos fins e aos objetivos da Organização, que fora aprovada na 26ª reunião da Conferência (Declaração de Filadélfia, 1944), cujo termo inicial de vigência data de 20 de abril de 1948.

O texto legal da Declaração de Filadélfia reafirma por três vezes a preocupação daquele órgão internacional em reconhecer a influência do aspecto econômico e financeiro nos direitos trabalhistas. O item I-a afirma que o ‘trabalho não é uma mercadoria’. O simbolismo dessa afirmação, aos mais incautos, pode padecer de obviedade, mas trata-se de uma das linhas de frente de atuação da OIT, razão pela qual se constitui como um princípio orientador daquele organismo e que, no período atual, revela-se como um dos grandes desafios lançados ao Direito (Internacional) do Trabalho. A clássica prestação de serviço subordinado verticalizado cedeu lugar a uma configuração fragmentada do modelo produtivo. As incursões fordistas no modelo fabril minutaram um modelo de barateamento e de especialização da cadeia produtiva, mediante a desconexão da força de trabalho do vínculo de subordinação jurídica em relação ao tomador final do serviço. Esse fenômeno, conhecido como terceirização, locação de mão de obra, contratação por empresa interposta, dentre outras denominações possíveis, aponta para uma transição da Era industrial para a Era dos serviços¹⁹³. A estrutura linear deu espaço a uma triangulação de relações que trouxe consigo uma complexidade de situações novas aos órgãos distribuidores de justiça. A noção de contratação direta de pessoas, nesse fenômeno, é substituída pela pejetização ou filialização, sendo o preço o fator preponderante e a mobilidade de local de trabalho torna-se a regra,

¹⁹²INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **Origins and history.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>>. Acesso em 22 de abril de 2015.

¹⁹³MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** 12. Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.p.4.

excluindo o elemento socializador e aglutinador de categorias, típico do fortalecimento da atividade sindical, por exemplo¹⁹⁴.

A pulverização do trabalho como uma mercadoria considera que o seu detentor representa um custo (pois coisas detém um valor), de modo que o labor que, em última instância, representa a própria vitalidade e energia de quem o executa, transmuta-se em uma possibilidade de locação ou de compra e venda sem que haja um vínculo consistente entre quem presta o serviço e quem se beneficia dele. Às mercadorias dá-se um tratamento inanimado, desprovido da ideia de dignidade circundante dos direitos humanos que, no plano trabalhista, implica a ausência de quaisquer limites razoáveis quanto à contratação de trabalhadores mirins, à submissão a jornadas exaustivas e à desresponsabilização pela observância das garantias mínimas trabalhistas. No comércio internacional, isso é perceptível, à medida que o processo produtivo é departamentalizado, desde a colheita de matéria-prima em locais mais periféricos, passando pela montagem e pela produção de partes do produto individualmente até a distribuição final em grandes centros.

Os itens II-c e III-d da Declaração de Filadélfia estabelecem que quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a justiça social e que compete à Organização Internacional do Trabalho apreciar, no domínio internacional, tendo em vista tal objetivo, todos os programas de ação e de medidas de caráter econômico e financeiro. Note-se que, desde a sua gênese, há um substrato eminentemente econômico na normatividade da OIT. Por essa razão, sendo o direito do trabalho de natureza social, mas de ação econômica na vida de quem por ele é beneficiado,

¹⁹⁴Na seara brasileira, tímidas são as possibilidades de terceirização das atividades finalísticas da empresa, qual seja o caso do trabalho temporário (Lei nº 6.109, de 3 de janeiro de 1974). Atualmente, no campo trabalhista, o posicionamento dos tribunais trabalhistas orienta-se pela Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974); II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988); III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta; IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

nas receitas de quem conduz a atividade produtiva e de quem consome tais produtos, é reconhecidamente pela OIT, um direito com viés mercadológico e se assim o é, isso implica um diálogo e uma relação com o Direito Comercial, Consumerista e Concorrencial.

Em 1998, sob a pressão e a liderança dos Estados Unidos da América, a OIT adotou a Declaração sobre princípios fundamentais e Direitos no Trabalho (Conferência de Genebra). Esse documento teve o condão de amenizar o caráter de cumprimento voluntário das regras convencionais da OIT e significou um compromisso dos países membros, dos Estados-partes da OIT. Foram lembrados do compromisso de respeitar e de pôr em prática os princípios fundamentais encartados na Constituição da OIT, da boa-fé com que devem proceder, ainda que não tenham ratificado as convenções. Duas questões, entretanto, merecem ser pontuadas sobre a Declaração: a) sua ênfase ao declarar que as regras laborais não devem ser utilizadas para fins protecionistas e seus princípios e direitos não podem, de forma alguma, afetar a vantagem comparativa de qualquer país; b) a não contemplação de normas referentes ao salário mínimo entre os princípios e os direitos fundamentais arrolados no item 2, assim como nas Convenções Fundamentais, pois poderiam ser utilizados como vantagem comparativa, distorcendo um país¹⁹⁵, especificamente por ser impossível traçar um padrão mínimo de salário mínimo internacional em um quadro de variações cambiais, fiscais e de absoluta desigualdade econômica entre Estados desenvolvidos e pobres, fato que causaria uma erosão dos postos de trabalho em vários setores do globo.

Com a atuação baseada no modelo tripartite (Estados, representantes de empregados e empregadores), a OIT possui três órgãos: a Conferência geral, constituída pelos representantes dos Estados membros, que funciona como espécie de Assembleia Geral; o Conselho de Administração; e a Repartição Internacional do Trabalho, sob a direção do mencionado Conselho. As normas provenientes da OIT são denominadas Convenções e Recomendações. As primeiras, de cunho normativo propriamente dito, consistem em tratados multilaterais que versam sobre temas de direitos sociais trabalhistas, tendo os países signatários que ratificarem o ônus de, após o procedimento legislativo adequado, incorporarem tais normas ao direito nacional. As Recomendações, como a própria nomenclatura denuncia, não são fontes formais de Direito, possuindo caráter de simples bússola legislativa para os Estados-membros, uma vez que se tratam de enunciados orientadores para o aperfeiçoamento da legislação interna dos países.

¹⁹⁵SING, Ajit; ZAMMIT, Ann. Labour Standards and the “Race to the bottom”: rethinking globalization and workers rights from developmental and solidaristics perspectives. **ESCR Working paper** No 279. Cambridge: ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, 2004, p.3.

Contando, atualmente, com 186 Estados-membros, a OIT possui 189 Convenções e 203 Recomendações. Porém, das 189 Convenções (sendo a primeira acerca da jornada de trabalho na indústria, elaborada em 1919, e a última referente aos trabalhadores domésticos, de 2011), dois grupos se destacam: as Convenções de Governança e as Convenções Fundamentais. As primeiras¹⁹⁶ foram definidas pela OIT como instrumentos prioritários, estimulando, assim, os Estados membros a ratificá-los por causa de sua importância para o funcionamento do sistema das normas internacionais do trabalho. Desde 2008, essas convenções são referidas como convenções de Governança, tal como foram identificadas pela Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa, como padrões que são o mais importante do ponto de vista da governança.

O segundo grupo contempla as Convenções consideradas como integrante do rol mínimo de padrões trabalhistas – as chamadas Convenções Fundamentais¹⁹⁷. Os assuntos tratados nessas Convenções dizem respeito ao mínimo ético de dignidade existencial que um ser humano tem direito no campo da clássica teoria dos direitos humanos e cobrem temática classificada como referente aos princípios e aos direitos fundamentais no trabalho. O seu não atendimento predispõe afirmar que o Estado-membro da OIT não se comprometeu à implementação de um bojo normativo capaz de combater tais ocorrências. A não ratificação das Convenções arroladas não é sinônimo de normatividade trabalhista frágil, moderada ou elevada, haja vista, no ordenamento global, verificarem-se as mais diversificadas situações a respeito, seja porque as Convenções são consideradas incompatíveis com os ordenamentos nacionais¹⁹⁸, seja por retardarem investimentos desenvolvimentistas.

A atuação da OIT em matéria normativa, conjuntamente com as regras que a estruturam, constrói o que se conhece como direito internacional do trabalho, proponente de uma lógica normativa e de consequências próprias, merecedora de estudo em apartado por não se restringir a um único objeto jurídico de trabalho. O direito internacional do trabalho, redimensionado frente às constantes inovações sociais, econômicas e culturais, transcende às relações entre os Estados, ligando-os aos organismos internacionais e regionais que objetivam

¹⁹⁶Convenção 81 (Inspeção do Trabalho), de 1947; Convenção 122 (Política de Emprego), de 1964; Convenção 129 (Inspeção do Trabalho na Agricultura), de 1969; Convenção 144 (Consultas Tripartidas Destinadas a Promover a Execução das Normas Internacionais do Trabalho), de 1976.

¹⁹⁷Convenção 29 (abolição do trabalho forçado), de 1930, Convenção 87 (liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização), de 1948, Convenção 98 (Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva), de 1949, Convenção 100 (Igualdade Salarial), de 1951, Convenção 105 (Abolição do Trabalho Forçado), de 1957, Convenção 111 (Discriminação em matéria de emprego e ocupação), de 1958, Convenção 138 (Idade Mínima para Admissão no Emprego), de 1973 e Convenção 182 (Piores formas de Trabalho Infantil), de 1999

¹⁹⁸Um exemplo ilustrativo dessa situação é a não ratificação das Convenções referentes ao trabalho forçado e a liberdade de associação pelos Estados Unidos, por considerarem afronta a políticas sindicais e a possibilidade de trabalho dos presos naquele território.

assegurar direitos aos habitantes dos Estados-membros, compreendendo tratados bi ou plurilaterais, restritos aos Estados celebrantes ou tratados multilaterais¹⁹⁹, e se ocupa de temas variados correlacionados ao mundo do trabalho, tais como política de desempregos, seguridade social populacional, política social das empresas multinacionais, proteção de populações indígenas, tribais e semi-tribais, melhorias do meio-ambiente do trabalho, administração do trabalho, educação do trabalhador para maior participação no desenvolvimento socioeconômico, entre outros²⁰⁰.

Seguindo a mesma lógica do direito interno, as normas internacionais trabalhistas se debruçam sobre parcela da vida e suas interligações com outras áreas da existência. Assim, muito embora seja o trabalho a finalidade de apreensão jurídico-cognitiva, ele se conecta com a saúde e a segurança, o lazer, a maternidade, a discriminação e o preconceito, as relações com o Estado e a manutenção contratual entre empregador e empregado, constituindo um ramo do direito com peculiaridades tamanhas que o tornam autônomo, com institutos transversais ao direito constitucional, ao direito civil, ao direito ambiental, ao direito da seguridade social e ao direito administrativo, por exemplo. Dedicar-se a uma área da vida que dialoga, influencia e é influenciada por praticamente todas as outras é uma tarefa hercúlea, agravada pelas variadas formações culturais, políticas e pelo profundo processo de integração econômicas dos Estados. A mobilidade do capital implica diretamente um impacto sobre os postos de trabalho em razão da deslocalização impulsionada pela competitividade empresarial e, indiretamente, uma pressão pelo rebaixamento dos padrões trabalhistas típicos dos Estados nacionais que mantinham proteções sociais avançadas, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que afetam são afetados, pelo fenômeno que fomentam: a corrida pela eficiência²⁰¹.

Haja vista não ser possível a uniformização absoluta das legislações por motivos de força cultural, filosófica, política, histórica ou jurídica, a utilização de *standards* mínimos, conforme já ajustado, atua em dúplice esferas: a de proteção social coletiva e a de prevenção anticoncorrencial. Contudo, é necessário um alerta: a mera ratificação dos documentos convencionais não é indicador de que um Estado possua níveis de garantias impeditivos da depauperação de trabalhadores. Isso se justifica pelo fato da ratificação de uma Convenção não significar, em automático, a sua incorporação ao sistema de direito nacional, necessitando, para tanto, de um processo de internalização jurídica dessas normas, caso o país adote o sistema dualista, e.g., o Brasil.

¹⁹⁹SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3.ed.atual. São Paulo: LTr, 2000, p.17-18.

²⁰⁰Idem, p.25.

²⁰¹LANGILLE Brian Alexander. Para que serve o direito internacional do trabalho? **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, a. 33, n. 127, p. 175-204, jul./set. 2007, p.187.

Na tentativa de evitar a negligência quanto à materialidade dessas normas, a OIT desenvolve atividades quanto à aplicação das normas por ela formuladas, ao sistema de recursos das convenções ratificadas e não aplicadas pelos Estados-partes e à fiscalização quanto ao exercício da atividade sindical²⁰². Para o controle comportamental dos Estados-membros, a OIT adotou o sistema de exame de relatórios periódicos realizados pela Comissão Permanente de Peritos (composta por 19 membros) e a Comissão de Aplicação das Convenções e Recomendações com a finalidade de averiguar se os Estados-membros observaram as obrigações deles esperadas quanto a determinados itens regulados, em especial, se o país ratificador tem adotado medidas, no plano jurídico e prático, com vistas a dar efetividade às Convenções. O sistema de averiguação do descumprimento sistemático das Convenções é encaminhado à Comissão Tripartite, que aprecia o relatório da Comissão de Peritos e dá publicidade ao descumprimento do direito internacional do trabalho no afã de pressionar politicamente o Estado infrator no campo da sociedade internacional. Assim, a OIT molda-se pela cooperação e não pela coerção, sendo controlado pelo envio dos relatórios à OIT e às organizações de empregadores e empregados, que têm o direito de complementar as informações²⁰³. Isso tem dois enredamentos graves: em primeiro lugar, que dados podem ser manipulados e não há um sistema de controle seguro e sério sobre a transparência, a probidade de alguns Estados na disponibilização desses junto àquela agência onusiana; a segunda tem natureza na eficiência de atuação e na precariedade do exercício sancionador da OIT sempre que verificados os descumprimentos do direito convencional.

A segunda forma de atuação procedimental se dá por ocasião da não aplicação de uma Convenção por um Estado-membro. Nessa hipótese, o direito constitucional da OIT permite que quaisquer interessados institucionais que estejam habilitados formulem denúncia ao Conselho de Administração utilizando-se das reclamações e das queixas. Esse designará um comitê para conduzir a instrução do processo e apresentar relatório. Caso haja procedência na reclamação, há publicação no Boletim Oficial da Repartição, juntamente com a resposta do Estado-membro, facultando-se o início de um processo de queixa, direcionado diretamente contra o Estado descumpridor ou designação de uma Comissão de Inquérito que elaborará um relatório sobre a acusação e proporá medidas ao caso. A publicação do relatório pode ensejar a submissão do caso ao Tribunal Internacional de Justiça, caso verificada a

²⁰² GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p.57.

²⁰³ Os relatórios são apreciados por uma Comissão Específica, constituída por peritos, que apresenta um relatório anual à Conferência Internacional do Trabalho e à Comissão da Conferência para Aplicação das Convenções e das Recomendações. Ressalte-se que o resultado final das vias relatoriais não passa de mera divulgação dos Estados que estão descumprindo os direitos trabalhistas para fins de pressão internacional.

irresignação do Estado-membro e desejo desse de sujeição da lide àquela Corte²⁰⁴. De todo modo, seja no primeiro ou no segundo procedimento, a OIT não dispõe de jurisdição própria, sendo suas disposições, art. 33, lacunosas quanto às sanções aplicáveis (por não as enumerarem taxativamente). A ausência de um direito material com raiz de *jus cogens* coercitivo e obrigatório quanto às regras por ele produzidas, ainda que a publicação dos seus relatórios repercutam na aceitação dos Estados-membros denunciados e induzam à correção de condutas, é alvo de variadas críticas pelos estudiosos do direito internacional público.

Langille, ao analisar o tema e invocar uma argumentação que tangencia a análise econômica do Direito e a teoria dos jogos, explica que o direito interno tem plenas condições de cobrar (ou, pelo menos, minimizar os danos) dos mercados pela aplicação da cogência, dos encargos sociais, de um sistema judicante trabalhista e de um padrão normativo exigível por instrumentos processuais e de políticas públicas. Em via diversa, isso não ocorre na esfera internacional que precisa acomodar interesses e forças sem pertencimento geográfico, sem um Estado competente para ajustá-las, ou seja, uma espécie de lastro gelatinoso regulatório de móvel, que afeta até mesmo os Estados (imóveis) para a adaptação a um modelo de desregulamentação no intuito de sobreviver às céleres trocas:

[...] A tragédia do dilema do prisioneiro é que esse se apresenta como uma escolha dominante para os Estados individualmente considerados. Em nosso caso, sempre é economicamente racional diminuir o imposto, isto é, reduzir os padrões trabalhistas, a despeito do que os outros países o façam. Se outros países não reduzem os impostos, é racional fazê-lo para receber mais investimentos. Se os outros reduzem seus impostos, é necessário reduzir as taxas nacionais para continuar competitivo.

[...] Teóricos dos jogos e economistas reconheceram há muito que a solução óbvia para os problemas de ação coletiva dependem, mediante contratos privados ou direito público, de obrigações válidas e possíveis de efetivação para que todos os jogadores não falhem, ou seja, não participem da corrida da desregulação e, em primeiro lugar, não reduzam os impostos. [...] A resposta para a competição regulatória trabalhista internacional – ou seja, o leilão de queda dos padrões para atrair novos investimentos ou para manter os investimentos existentes – é a criação de acordos ou tratados internacionais, os quais criem obrigações e sejam executáveis, evitando que a corrida de desregulamentação comece²⁰⁵.

A operacionalização ativa de controle à observância das Convenções da OIT se dá, além dos relatórios, de outras duas formas. Na primeira hipótese, as organizações de empregados e de empregadores podem formular ‘reclamações’ contra um país membro a partir do não cumprimento de uma convenção ratificada por ele. Nessa situação, um Comitê

²⁰⁴GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p.57-58.

²⁰⁵LANGILLE Brian Alexander. Para que serve o direito internacional do trabalho? **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, a. 33, n. 127, p. 175-204, jul./set. 2007, p. 187-188.

Tripartite é nomeado, pelo Conselho de Administração, para avaliar a situação, que, por sua vez, apresenta um relatório pormenorizado ao Conselho de Administração com as conclusões e as recomendações. A outra possibilidade consiste na apresentação de uma queixa contra qualquer Estado-membro da OIT junto ao *Bureau* Internacional por violações de direitos previstos em Convenções que ambos tenham ratificado. Ao final do Inquérito instaurado, caso os governos não acatem as recomendações provenientes da OIT, pode-se submeter a querela à Corte Internacional de Justiça.

A manutenção de um sistema de adesão e de cumprimento voluntário das convenções, no qual a maior sanção é a vergonha compromete a efetividade da OIT e do seu regramento. A adesão de um sistema de reprimenda estritamente moral e de cunho relatorial prejudica qualquer sentido mínimo de efetividade jurídica, transformando o órgão especializado onusiano em uma espécie de profeta que clama no deserto do direito internacional. Esvazia-se, dessa feita, a própria razão existencial, perpetrada por uma frágil exigibilidade de conteúdo, além de se dedicar a inúmeras regulamentações que, além de não resolverem os problemas dos países com agudos problemas no mercado de trabalho, criam mais entraves e dificuldades de cumprimento e se resumem a uma indústria de normatização utópica internacional dissociada da realidade e da capacidade de agressão exposta pela realidade econômica. Se, inclusive, o direito coercitivo reclama instrumentos mais eficazes para a concretização de seus regulamentos, não se pode esperar cumprimentos perpetuamente cooperativos na seara das normas internacionais.

Se o Direito nada mais é do que legitimador de fenômenos sociais, não lhe cabendo criar fenômenos de qualquer natureza, restando-lhe unicamente a função de identificá-los, reconhecer os efeitos por ele produzidos e legitimá-los, tampouco é de sua prerrogativa agir como mecanismo deletério dos fenômenos que não lhe agradam, pois “(...) se o fenômeno deletado provier da realidade evolutiva da vida natural ou social, a própria realidade se incumbirá de recuperá-lo (...)”²⁰⁶. Assim, a simples ratificação de um tratado multilateral não se traduz em alteração positiva ou negativa das circunstâncias - embora indique um compromisso inicial do país com o tratamento do tema trabalhista específico -, afastando a noção ilusória de que o Direito, por si, seria suficiente para transformar realidades. Veja-se a tabela abaixo sobre a quantidade de ratificações das Convenções da OIT, discriminadas por

²⁰⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. Projeto de Regulamento da Terceirização Trabalhista: o maniqueísmo ideológico e o oportunismo político no debate jurídico. **Revista LTr: legislação do trabalho**. v. 79, p. 809-814, 2015, p.811.

regiões do globo, e sua homogeneização cultural (Figura 6 – Ratificações das Convenções Fundamentais por Região²⁰⁷):

Região	Liberdade de associação		Trabalho forçado		Discriminação		Trabalho infantil	
	C087	C098	C029	C105	C100	C111	C138	C182
Total: 185	153	164	177	174	171	172	167	179
África (54)	49	54	54	54	52	54	52	53
Américas (35)	33	32	34	35	33	33	30	34
Estados Árabes (11)	3	6	11	11	7	10	11	11
Ásia (34)	18	21	27	23	28	24	23	30
Europa (51)	50	51	51	51	51	51	51	51

Fonte: Organização Internacional do Trabalho, NORMLEX

A análise dos dados expostos na tabela revela uma média de 169 ratificações pelos Estados-membros, o que exprime taxa de 91% de ratificação das Convenções Fundamentais. Cabe uma reflexão inicial: qual o fundamento das noticiosas violações de direitos humanos trabalhistas nos diversos rincões do globo notadamente em países asiáticos? A resposta à indagação demanda aprofundamento mais detalhado, mas que, por ora, possui um aspecto relevante: o caráter não sancionatório das constatações de descumprimentos dos padrões trabalhistas no âmbito da OIT e o compromisso dos Estados na efetividade do Direito Internacional Público em âmbito interno.

Um dos fundamentos que motivou a criação da OIT foi de ordem econômica, no intuito de precaver que a utilização de mão de obra com proteção social em níveis de baixa qualidade fosse substrato para uma afetação na liberalização do comércio internacional. A inter-relação entre trabalho e comércio internacional é mais tensa do que aparenta. A

²⁰⁷ ILO, NORMLEX Information System on International Labour Standards. **Ratifications of fundamental Conventions and Protocols by Country.** Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:10011:3550489109458881:::P10011_DISPLAY_BY:3. Acesso em 26 de junho de 2015.

complexidade apresentada sustenta-se, entre outros, no obstáculo da utilização dos padrões trabalhistas como critério de regulação do comércio internacional (principalmente, pela falta de coercitividade na atuação da OIT), na Organização Internacional do Trabalho lograr adaptar suas regras – consideradas rígidas por países em desenvolvimento e, até incompatíveis, por alguns desenvolvidos – ao dinâmico mundo de competição globalizada. A problemática deu azo à persecução de soluções alternativas para a proteção dos direitos trabalhistas e seu encaixe, na linearidade do comércio internacional, por quatro formas principais: na esfera pública, pela flexibilização de regras trabalhistas por países desenvolvidos, pelo melhoramento das legislações dos Estados Periféricos, pela aplicação das Cláusulas Sociais previstas nos tratados internacionais e, por último, no seio dos agentes privados transnacionais, pelos Códigos de Conduta (instrumentos normativos privados que preveem os padrões de conduta) e Pacto Global – acordo internacional entre multinacionais realizado com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, nas relações de trabalho, no meio ambiente e no combate à corrupção refletido em dez princípios²⁰⁸.

As tentativas de interligação entre regras trabalhistas e comerciais, em um sistema de influxos mútuos, concretizam a tendência moderna de estudo do Direito transnacional e inauguram uma perspectiva distinta da relação trabalho e comércio no Direito Internacional do Trabalho, que insere, no âmbito das relações estritamente financeiras e econômicas, um elemento ético tangente aos direitos humanos “fundada na ideia de universalismo de direitos trabalhistas limitantes do comércio internacional, para uma análise que parta da relação entre o Direito Internacional do Trabalho e o Direito Econômico Internacional”²⁰⁹. Mesmo com a maciça insistência em apartar as garantias trabalhistas mínimas laborais do conteúdo do comércio internacional, pela repulsa da utilização das sanções comerciais como meio de repressão aos baixos padrões trabalhistas²¹⁰ e exclusão do tema do campo de competência de

²⁰⁸PACTO GLOBAL – REDE BRASILEIRA. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/default.aspx>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

²⁰⁹GOMES, Ana Virgínia; CARREGARO, Ana Carolina Costa. Análise dos meios de regulação laboral nos processos de integração regional. MENEZES, Wagner (org.). **Estudos de Direito Internacional**: Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. V.1. Curitiba: Juruá, 2004. p.94-100, p.95.

²¹⁰ Os teóricos que são contra a utilização das sanções comerciais como mecanismo de punição por baixos padrões trabalhistas entendem que o efeito é danoso para a classe obreira dos países de poucos recursos, pois reduz “o crescimento econômico e distorce a produção e o consumo internos” (DI SENA JÚNIOR, Roberto. **Comércio Internacional & Globalização**: a cláusula social na OMC. Curitiba, Juruá, 2008, p.203).

OMC para deixá-lo unicamente a cargo da OIT²¹¹, o assunto se renova constantemente sem se ter por encerrada a discussão.

Notadamente, o imbricamento de regras trabalhistas e comerciais desponta no quadro como forma de resguardar os privilégios trabalhistas e, simultaneamente, manter uma possibilidade mínima de concorrência saudável no mercado internacional. Das possibilidades acima aventadas, uma merece destaque por expressar o maior nível de correlação de normas trabalhistas com as comerciais: as cláusulas sociais. Trata-se da inserção de normas, no formato de cláusulas, em tratados internacionais acerca do comércio internacional, e que “(...) objetivam assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas normas que regulam o contrato de trabalho nos processos de produção de bens destinados à exportação”²¹². Alicerçados na superioridade do sistema de solução de controvérsias da OMC frente ao da OIT, parte dos teóricos sustenta ser aquele organismo o local ideal para a aplicação dos padrões trabalhistas como filtro do dumping social.

A oposição a essa vertente por muito tempo vigorou e ressurgiu com as rodadas de negociação do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*)²¹³, regulamentador do comércio internacional, antes do Acordo de Marraqueche (1994) que criou a Organização Mundial do Comércio²¹⁴. Por oito rodadas, o GATT discutiu a possibilidade de inserção do estuário de garantias trabalhistas nos acordos multilaterais, tendo os Estados Unidos, a França e a Noruega conduzido as pressões na tentativa de aprovar a obrigatoriedade das cláusulas sociais nos acordos multilaterais. O argumento foi vencido finalmente, em 1996, na Rodada de Cingapura, tendo sido liderada a resistência pelo Brasil, sob a acusação de que os países desenvolvidos pretendiam, na verdade, pôr em prática propósitos protecionistas, quando a melhor forma de proteger os trabalhadores seria oportunizar a liberalização do comércio e o desenvolvimento.

²¹¹DI SENA JÚNIOR, Roberto. **Comércio Internacional & Globalização**: a cláusula social na OMC. Curitiba, Juruá, 2008, p.143.

²¹²ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula Social. In: Barral, Welber (Org.) **O Brasil e a OMC**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002, p.326.

²¹³O GATT foi substituído pela Organização Mundial do Comércio – OMC, que iniciou suas atividades em 01 de janeiro de 1995. Afirma-se que é “um acordo que trata mais especificamente da redução de barreiras tarifárias, que funcionou como agência reguladora da abertura comercial para todos os países, até a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Atua o GATT sob três regras principais: o tratamento da nação mais favorecida – NMF – que proíbe qualquer país de discriminar outro, ou seja, as vantagens concedidas a um país devem ser abertas a todos os outros, nas mesmas condições; a do tratamento nacional, em que os produtos importados, uma vez adentrados às fronteiras do Estado, devem receber o mesmo tratamento dos produtos nacionais, ou seja, devem ser considerados como nacionais fossem; e a regra da redução de barreiras tarifárias por meio de negociações” (QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. A cláusula social na OMC: por uma inter-relação efetiva entre OMC e OIT e o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista Scientia Juris**. Londrina: v.11, p.165-183, 2007, p.177).

²¹⁴A OMC congrega, atualmente, o GATT, os resultados das sete negociações para liberalização do comércio, juntamente com os acordos da Rodada do Uruguai, realizados entre 1986-1994.

A Declaração Ministerial da OMC, de 1996²¹⁵, findou a questão, repassando à OIT a competência para tratar da matéria²¹⁶. Entretanto, mesmo com o entendimento aparentemente ‘pacificado’ pela OMC, o assunto continua sendo alvo de discussões acaloradas e, a cada Reunião Ministerial, é retomado como objeto de debate, permanecendo algumas propostas de reconhecimento de conduta anticompetitivas no âmbito da OMC, caso verificada a ausência de padrões trabalhistas²¹⁷:

Apesar dos constantes bloqueios por parte dos países em desenvolvimento à introdução de padrões trabalhistas na OMC, já existem várias propostas de como o tema poderia ser incluído nas regras da OMC. Dentre as várias propostas citadas, a ausência de padrões trabalhistas básicos poderia ser considerada como (ILO, GB.261,WP/SLD1, 1994): *antidumping* – dentro do Artigo VI do GATT 1994 – como uma forma de introduzir o produto em um membro, com preços abaixo do valor normal, e, assim, de forma considerada desleal; anti-subsídio – dentro do Artigo VI e XVI do GATT 1994 – como uma forma de subsídio do governo, ao permitir condições trabalhistas em níveis muito baixos; exceção às regras gerais – dentro do Artigo XX do GATT 1994 – como uma exceção às regras gerais de restrição às importações, a ser incluída nos casos já previstos de: proteção à vida humana, animal ou vegetal, segurança, trabalho de presidiários, e conservação de recursos exauríveis; anulação ou prejuízo de benefícios – dentro do Artigo XXIII do GATT 1994 – sob a alegação de que os benefícios derivados de uma negociação estão sendo anulados ou prejudicados.

Não se pode afirmar que, em um futuro próximo, não haverá um redirecionamento do tema *standards* trabalhistas no campo regulamentar do comércio internacional, todavia os bastidores do tema refletem a prevalência dos interesses geopolíticos e econômicos sobre um compromisso sério e eficiente quanto aos direitos trabalhistas envolvidos nas relações transnacionais, não pela negação da relevância da discussão ou de sua legitimidade humanista, mas por uma verdadeira nuvem de fumaça regulatória que insiste em não prosseguir com a definição de papéis reais à OMC e à OIT. Admitir que, enquadra-se dentre o rol de competências da OIT, a promoção dos direitos trabalhistas e a sua fiscalização sem que

²¹⁵“Renovamos nossos compromissos de respeitar as normas fundamentais do trabalho, internacionalmente reconhecidas. A OIT – Organização Internacional do Trabalho – é o órgão competente para estabelecer essas normas e ocupar-se delas, e afirmando nosso apoio a sua atividade de promoção das mesmas. Consideramos que o crescimento e o desenvolvimento econômico, impulsionados pelo incremento do comércio e pela maior liberalização comercial contribuíram para a promoção dessas normas. Rechaçamos a utilização das normas de trabalho com fins de protecionismo e concordamos que não se deve em absoluto a vantagem comparativa dos países, em particular, dos países em desenvolvimento e seus baixos salários. A esse respeito tomamos nota de que as secretarias da OMC e da OIT prosseguirão com suas atuais colaborações”.

²¹⁶QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. A cláusula social na OMC: por uma inter-relação efetiva entre OMC e OIT e o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista Scientia Juris**. Londrina: v.11, p.165-183, 2007, p.176-177.

²¹⁷THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 41, n. 2, p. 29-58, Dec. 1998, p.51. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003&lng=en&nrm=iso>. access on 06 Jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73291998000200003>.

haja um sistema de solução de controvérsias efetivo e cogente no âmbito daquela organização e sem contribuir com o exercício da organização do comércio nada mais é do que reconhecer a legitimidade de um direito humano, mas negar sua real efetividade e compromisso universal com a sua defesa.

Além dos Estados nacionais inseridos nas discussões, um obstáculo à concretização da cláusula social e do selo social reside na influência das corporações transnacionais no campo político e econômico, notadamente facilitada pela liberdade de mobilidade e de complexidade produtiva, exercidas sempre que se busca um controle legal sobre suas atividades. A conciliação entre as fissuras econômicas, políticas e trabalhistas torna-se aparentemente inviável, mesmo sendo a forma mais plausível de se atingir uma eficácia jurídica mais robusta dos padrões laborais. Amostra disso corporifica-se no *Agreement on Technical Barriers to Trade* – Acordo TBT, que teve seu termo inicial de vigência em 1995, assinado na Rodada de Tóquio de Negociações Comerciais por trinta e duas partes contratantes do GATT.

O Acordo TBT teve como finalidade facilitar o comércio internacional, evitando que regulamentos técnicos, normas e procedimentos de avaliação representassem obstáculos desnecessários ao comércio internacional, assim como oferecer aos membros a necessária discricionariedade regulatória para proteger a biodiversidade, a segurança nacional, os consumidores e as demais questões de políticas públicas internas. Todavia, nenhuma consideração sobre direitos trabalhistas está consignada no Acordo TBT como um interesse legítimo, muito embora a proteção à vida humana esteja descrita como um objetivo a ser perseguido no seu item 2.2. Ora, a vida humana, enquanto conceito aberto, pode ser interpretada de forma diversa e plural por quem esteja envolvido no debate e o reconhecimento de padrões trabalhistas, na elaboração de regulamentos técnicos, seria uma cláusula social relevante a ser utilizada.

De toda forma, postas de lado as questões meritórias sobre a viabilidade ou não da cláusula social e a possibilidade de incursões normativas da OIT, na seara do comércio internacional, a cogitação e a discussão do tema já autoriza o enquadramento do tópico nos meandros da transjuridicidade, seja na modalidade da relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Concorrencial/Empresarial, seja nas relações entre os sujeitos de direito internacional público, entre as ordens supranacionais e de direito estatal ou da supranacionalidade e de direito internacional. Uma rede normativa não tem suas possibilidades de incursão restritas justamente por se tratar de uma interligação que se dá na mesma proporção dos problemas que lhe são apresentados. As conexões entre ordens jurídicas referenciadas por cláusulas sociais, pacto global ou códigos de conduta que têm como lastro a proteção dos direitos trabalhistas,

na era da interdependência global econômica, são justificadas por uma teoria de rede afeta às relações de poder.

Estabelecida a relação entre as normas trabalhistas e as de comércio internacional nos resta adentrar no campo relativo aos aspectos mais teórico-metodológicos da transjuridicidade e de seu uso, constatando-se ser um espectro mais decisionista propriamente dito centralizado na seguridade de direitos trabalhistas, tanto na perspectiva pontual do caso brasileiro quanto em decisões de Cortes Internacionais cujo cerne envolva temas trabalhistas, bem como nas possíveis contribuições da teoria de normas em rede no tratamento tutelar laboral dos Paraísos Normativos.

2.4 *STANDARDS* TRABALHISTAS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A análise do Direito do Trabalho, em tempos de mundialização dos fatores de produção e das recíprocas influências dos motivos que o determinam, toca dois fenômenos legais presentes na juridicidade: a transversalidade econômica das regras trabalhistas e sociais da normatividade econômica e a internacionalização do direito interno laboral.

A perspectiva da multijuridicidade é incita ao próprio momento histórico atravessado pela sociedade global. O conceito remete à noção de entrelaçamentos entre constituições delineando a construção de uma racionalidade específica. Mas essa Constituição não é aquela dita no sentido clássico, ordenadora do poder político, limitada frente aos direitos individuais. Vai além. Sublima a simples definição de texto constitucional hierarquicamente superior para uma constituição cêntrica (no sentido de diálogo), porém transversal em relação a outras ordens jurídicas peculiares da modernidade, seja “como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público”²¹⁸.

No novo contexto, as formas de administração e de exercício de poder estão dispostas em uma rede, podendo ser ponderada por perspectiva política tanto como por perspectiva comunicativa e jurídica. A dimensão dessa afirmação denota que o poder é construído nas multidimensionais redes programadas em cada área de atuação da vida humana, que também

²¹⁸NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.83.

se enlaçam como estratégia de cooperação e de competição a depender dos projetos que desenvolvam²¹⁹.

A transjuridicidade, portanto, não se resume aos já consolidados contatos entre o direito nacional e o internacional público ou privado. É uma nova modalidade de compreensão do mundo jurídico que deve acompanhar a dinâmica humana, modulada pelo sistema de pontes de transição entre ordens jurídicas em um contexto cosmopolita com incursões no universo do Direito. O quadro apresentado destaca um problema de referência, segundo o qual se abandona o papel dos atores sociais coletivos e das corporações aliado a contratempo de natureza universalizante, dado que o Estado sofre concorrência de outras universalidades, reforçada pela relativização do direito de fronteira que promove a transnacionalização da produção²²⁰.

Uma ressalva, todavia, imprescindível: a proposta de análise da transjuridicidade ou do constitucionalismo transnacional não revela uma nova ordem jurídica epicêntrica e situada no seio da normatividade nacional. Tampouco deve ser apreendida como um espaço de governança que não tangencia Estados Nacionais ou organismos internacionais, e sim “expressa a constante evolução dos princípios constitucionais, instrumentos e doutrinas como uma forma particular de desenvolvimento jurídico na atualidade”²²¹. Englobam as pontes de transição entre sistemas jurídicos, operacionalizadas por decisões das Cortes com recurso ao direito alienígena (inferido, aqui, como todo aquele proveniente da ordem não estatal interna) como verdadeiro *obiter dictum* na fundamentação jurídica, de forma a complementar a construção do convencimento do magistrado e a consolidar os entendimentos jurisprudenciais formatados pelos Tribunais.

Para efeito do temário em apreço, vislumbram-se duas alternativas distintas de proteção aos direitos laborais, mesmo sob efeitos indiretos, na perspectiva da transjuridicidade. A primeira, de *status* normativo, reside na controversa, por ora não aplicada, cláusula social nos tratados regulados pela OMC e a segunda finca-se no fortalecimento do Direito Comunitário, especificamente na regulamentação de situações fáticas que circunscrevam a temática laboral. A plausibilidade para essa saída hospeda-se nos efeitos que a livre circulação de trabalhadores no âmbito dos blocos regionais – Mercosul e

²¹⁹CASTELLS, Manuel. A Network Theory of Power. **International Journal of Communication**, Vol. 5, 2011, pp. 773–787, p.785. Disponível em: <<http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/viewFile/1136/553>>. Acesso em 27 de junho de 2015.

²²⁰MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**. São Paulo: DAAD/Quartier Latin, 2010, p.243-286, p.243-244.

²²¹ZUMBANSEN, Peer. Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The emergence of a transnational legal pluralist order. **Global Constitutionalism**, v. 1, n. 1, 2012, p. 16-52, p.23.

Comunidade Europeia, principalmente – têm ocasionado a alguns países e trabalhadores de regiões específicas²²².

A regulamentação da livre circulação e o destacamento de trabalhadores é um direito fundamental a ser perseguido (por se tratar da possibilidade de efetivação do direito humano a ir, a vir e a ficar) circundado por variadas complexidades e antinomias na normatividade nacional e supranacional. Em relação à Comunidade Europeia, a livre circulação de pessoas, um dos quatro pilares inspiradores do Tratado de Roma, é iniciativa facilitadora para a criação de um mercado comum europeu e se dá de forma variada, a depender da existência de subordinação. Assim, para os trabalhadores autônomos, a regulação se materializa pela Diretiva 143/78, dentre outras que tratam de profissões específicas (a exemplo dos advogados sem fronteiras, Diretiva 05/98), enquanto que os trabalhadores subordinados encontram a proteção, no art. 39, § 3º²²³, do Tratado da Comunidade Econômico Europeia, que prevê a livre circulação de trabalhadores e deve ter interpretação sistemática integrada ao art. 133, da versão consolidada do Tratado da União Europeia, cujo texto alude à prevenção ao *dumping*²²⁴, e ao art. 40 do mesmo documento que congrega os objetivos atinentes à livre circulação de trabalhadores, prestigiando os princípios da colaboração estreita entre os serviços nacionais de emprego, a eliminação dos prazos de acesso aos empregos que obstaculizem a liberalização do movimentos de trabalhadores e o banimento das restrições que imponham tratamento diferenciado entre trabalhadores nacionais e estrangeiros.

As sucessivas crises europeias afloram uma realidade de tensão existente no seio do espaço social do velho continente. A convivência das quádruplas liberdades fundamentais consignadas no Tratado de Roma (liberdade de circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento, liberdade de prestação de serviços e liberdade de circulação de capitais) foi inserida em um contexto de extremas disparidades entre legislações que visam à tutela jurídica do trabalho e à segurança social, entre as variações cambiais de cada país, mas, em

²²²Note-se que, embora as legislações dos países membros da Comunidade Europeia e do Mercosul possuam similitudes de institutos – o que não englobaria essa hipótese no campo dos Paraísos Normativos –, a particularidade do assunto merece destaque por introduzir um tema digno de menção: o surgimento do *dumping* social, em contextos de supranacionalidade, aplicado a Estados de desenvolvimento econômico semelhante.

²²³A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de: a) Responder a ofertas de emprego efetivamente feitas; b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-membros; c) Residir num dos Estados-membros, a fim de nele exercer uma atividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais; d) Permanecer no território de um Estado-membro depois de nele ter exercido uma atividade laboral, nas condições que serão objeto de regulamentos de execução a serem elaborados pela Comissão.

²²⁴Art. 133 - 1. A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações de pautas, à celebração de acordos de pauta e comerciais, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de proteção do comércio, tais como as medidas a tomar em caso de *dumping* e de subvenções.

especial, de desproporção jurídica tencionando a harmonização das variadas legislações de direitos sociais trabalhistas (que se estendem, desde modelos mais liberais, sociais-democratas e estatistas, aos modelos com influência do regime soviético) com as diretivas e as demais regras do direito comunitário. O efeito objetivo dessa aplicação normativa foi o surgimento de uma jurisprudência, no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia, acerca da aplicabilidade da legislação nacional aos trabalhadores destacados. As tensões se arrefecem ainda mais pela formação de uma política social comunitária no espaço europeu, a exemplo do reconhecimento das convenções coletivas de trabalho comunitárias, aliada a esforços normativos de ampliação de um conjunto mínimo de direitos trabalhistas europeus que impeçam o rebaixamento das condições de trabalho em face das pressões realizadas pelos atores econômicos submetidos às vicissitudes de mercado. A síntese dos programas e das legislações resultou em um bloco de direito comunitário do trabalho que tem como fontes principais: o Tratado da União Europeia, o Tratado do Funcionamento da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, as diretivas e os regulamentos a respeito de matéria social, juntamente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia²²⁵.

O direito comunitário, concomitantemente à promoção de uma série de facilidades de trocas econômicas, permitiu o surgimento de figuras antes raras, a exemplo do destacamento transnacional de trabalhadores. Nessa nova modalidade, as companhias enviam seus trabalhadores para prestar serviços em países distintos daqueles onde estão estabelecidos os empregadores, no âmbito da União Europeia, e, tão logo esteja finalizada a execução do serviço, esses trabalhadores retornam ao país de origem. A discussão entre a aplicação da lei trabalhista no espaço e a (possível) dupla incidência do direito interno do país de origem, do direito interno do local da prestação do serviço e do direito comunitário primário do tratado e secundários dos atos unilaterais – ou seja, uma espécie de aplicação de direito intergovernamental no intuito de conferir a máxima proteção trabalhista possível – suscitou a defesa da ocorrência de dumping social no âmbito comercial da União Europeia.

As normas referentes ao Tratado de Roma e as posteriores Diretivas da Comunidade Econômica Europeia aplicam-se supranacionalmente aos países membros do Bloco Europeu. Ocorre que, segundo a Diretiva 96/71/CE, é viável o destacamento provisório de trabalhadores para laborar em países distintos da contratação. Em alguns casos, é autorizada a contraprestação por valor inferior ao salário mínimo para trabalhadores de setores específicos.

²²⁵ LAURINO, Salvador. **Destacamento de trabalhadores** - Dumping social e os desafios à afirmação do espaço social europeu. São Paulo: LTr, 2013, p.49.

Isso tem provocado um *race to the bottom* em solo europeu, perante os olhos dos órgãos de Justiça e de toda a comunidade do velho continente. Em março de 2013, a Bélgica apresentou queixa contra a República Federal da Alemanha à Comissão Europeia por considerar concorrência desleal os valores pagos, a título de remuneração, aos trabalhadores do setor de abate de animais (em torno de três euros por hora, enquanto, na Bélgica, recebe-se, aproximadamente, 11 euros). Os referidos empregados, enquadrados na categoria de destacamento provisório, são, em sua maioria, de nacionalidade romena e búlgara e, devido à irrisória remuneração, sujeitam-se a jornadas de dez horas diárias. De acordo com a legislação laboral alemã, não são abrangidos pelo regime de proteção previdenciária, de saúde e de segurança do trabalho, pois, em função da diminuta contraprestação, não pagam impostos – os chamados *mini-empregos*. As empresas belgas do mesmo setor não conseguem concorrer com os preços alemães, o que tem levado o corte de carnes, inclusive de empresas belgas, para solo alemão e causado uma verdadeira erosão salarial em ambos os países.

Para o combate de situações desse tipo, a atuação das Cortes Supranacionais possui papel relevante e fundamental, seja pela compatibilização legislativa do ordenamento jurídico nacional com os tratados constitutivos e as diretivas da comunidade europeia ou pela promoção de um diálogo das próprias autoridades judiciais alemãs na invocação das normas europeias a que deve se submeter o Estado Alemão. Dentro do mesmo raciocínio, não há de olvidar o papel exercido pelos direitos fundamentais nos processos de integração, ainda que se refira ao tema tomando por base a distribuição de competências e o controle exercido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, uma via judicial supranacional, por conseguinte²²⁶. A livre circulação de pessoas e de trabalhadores, por consequência, tem o fito de potencializar uma liberdade de locomoção e de efetivar os processos de integração regionais, e não de utilizá-la como meio de retomada da escravidão contemporânea ou de logística laboral em desfavor de postos de trabalho qualitativos.

Ocorre que o alargamento dessa atuação, em nome de um ativismo judicial sem limites definidos, pode interferir nas liberdades econômicas com absoluta desconsideração dos desígnios do legislador. É sob o espectro do ativismo que o Judiciário intenta implantar resultado aos comandos constitucionalmente instituídos, "(...) reaproximar e filtrar o comando legal através de valores morais (devidamente fundamentados, com eficácia e eficiência, e

²²⁶SILVEIRA, Alessandra. União Europeia: Da Unidade Jurídico-Política do Ordenamento Composto (ou da Estaca em Brasa no Olho do Cíclope Polifemo). In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). **Direito da União Européia e Transnacionalidade**. Liboa: Quid Juris, 2010, p. 9-42, p.29.

inseridos na constituição) [...]”²²⁷ e essa base conceitual proposta do seu surgimento só foi possível em razão do pós-positivismo e de toda a carga valorativa encetada ao ordenamento consequencialmente. Nesse contexto, a decisão judicial perdeu seu aspecto meramente processual e incorporou a figura de instrumento de reconhecimento de uma situação do indivíduo, na sociedade, por meio da reposição efetiva dos direitos e das garantias, em um cenário de incompletude legal, que alarga os limites da interpretação legislativa e, por via reflexa, o contexto social nele inscrito. O Tribunal de Justiça da União Europeia teve a oportunidade de enfrentar o tema dos direitos trabalhistas frente ao ativismo judicial, nos casos Viking²²⁸, Laval²²⁹ e Rüffert²³⁰, ocasião em que procedeu em leitura equivocada, segundo a doutrina trabalhista comunitária especializada, da Diretiva n. 96/71, em uma nítida infiltração do direito comunitário naquilo que seria de competência exclusiva do direito nacional²³¹.

No caso Viking, uma empresa de transporte finlandês tentou alterar a bandeira de pavilhão de um dos seus *ferry-boats*, que fazia a rota Helsinque – Tallinn para a bandeira estoniana-, no intuito de reduzir os custos trabalhistas, não ser compelido a aplicar uma convenção coletiva finlandesa. O resultado foi uma ação promovida pelo Sindicato dos

²²⁷ LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. **Revista Bonijuris**, Paraná, v. 27, n. 2, p. 13-32, 2015, p. 13.

²²⁸ Cf. Court of Justice. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 December 2007 (reference for a preliminary ruling from the Court of Appeal (Civil Division) — United Kingdom) International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti. (Maritime transport — Right of establishment — Fundamental rights — Objectives of Community social policy — Collective action taken by a trade union organisation against a private undertaking — Collective agreement liable to deter an undertaking from registering a vessel under the flag of another Member State). (Case C-438/05). (2008/C 51/17). Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-438/05>>. Acesso em 04 de janeiro de 2015.

²²⁹ Cf. Court of Justice. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 18 December 2007 (reference for a preliminary ruling from the Arbetsdomstolen — Sweden) — Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet. (Case C-341/05). (Freedom to provide services — Directive 96/71/EC — Posting of workers in the construction industry — National legislation laying down terms and conditions of employment covering the matters referred to in Article 3(1), first subparagraph, (a) to (g), save for minimum rates of pay — Collective agreement for the building sector the terms of which lay down more favourable conditions or relate to other matters — Possibility for trade unions to attempt, by way of collective action, to force undertakings established in other Member States to negotiate on a case by case basis in order to determine the rates of pay for workers and to sign the collective agreement for the building sector). (2008/C 51/15). Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-341/05>>. Acesso em 04 de janeiro de 2015.

²³⁰ Cf. Court of Justice. Judgment of the Court (Second Chamber) of 3 April 2008 (reference for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Celle (Germany)) — Dirk Rüffert, in his capacity as liquidator of the assets of Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG v Land Niedersachsen. (Case C-346/06). (Article 49 EC — Freedom to provide services — Restrictions — Directive 96/71/EC — Posting of workers in the context of the provision of services — Procedures for the award of public works contracts — Social protection of workers). (2008/C 128/13). Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-346/06>>. Acesso em 04 de janeiro de 2015.

²³¹ LAURINO, Salvador. **Destacamento de trabalhadores** - Dumping social e os desafios à afirmação do espaço social europeu. São Paulo: LTr, 2013, p.41.

Marinheiros Finlandeses e pela Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes tencionando impulsionar um boicote ao transporte marítimo nos portos europeus que pressionasse a companhia pela manutenção da bandeira da embarcação vinculada ao direito finlandês. Em resposta a esse ato, a empresa Viking Line ABP demandou o sindicato e a federação perante um tribunal londrino afirmando-se prejudicada, na sua liberdade de estabelecimento, assegurada no art. 43 do Tratado de Roma. No juízo de reenvio, o Tribunal de Justiça Europeu reconheceu o direito fundamental dos sindicatos de tomar medidas, incluindo o apelo a greves. No entanto, afirmou que, nesse caso, a ação coletiva não pode envolver restrições ao direito de estabelecimento quando se revelarem desproporcionais.

A disputa conhecida como o caso Laval dispôs controvérsia sobre o destacamento de trabalhadores frente à ação do direito sindical na promoção das regras da concorrência na negociação coletiva. A empresa Laval un Partner Ltd, de origem letonesa, foi vencedora em um concurso para a construção de uma escola no município sueco de Vaxholm, ocasião em que celebrou contrato com uma empresa sueca, sendo pressionada pelo sindicato da construção civil a celebrar convenção coletiva no setor. A recusa de negociação da companhia letonesa desencadeou ações coletivas que impediam o acesso dos 35 trabalhadores e das mercadorias ao canteiro de obra. Após vários impasses que culminaram com a rescisão do contrato de prestação de serviço e a falência da empresa letonesa, o caso foi submetido a um tribunal sueco que, por ocasião do reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça, analisou os artigos 3º, 1º e 8º da Diretiva 96/71. Tais dispositivos asseguram aos trabalhadores destacados o salário mínimo do país de acolhimento, desde que garantido por dispositivo de aplicação geral (inexistente nessa situação).

Por fim, o caso Rüffert evidenciou a análise do conceito de convenção coletiva de aplicação geral e tratou de examinar, até mesmo, a legalidade de cláusulas trabalhistas de norma estadual. Na disputa, Rüffert, uma empresa alemã foi vencedora em um contrato público de obra, no Estado da Baixa Saxônia, e subempreitou parte da obra para uma companhia polonesa. Porém, a legislação daquele estado determinava que, nas contratações acima de 10.000 euros, as contratantes e as subcontratadas deveriam pagar o salário previsto na convenção coletiva para o setor da construção civil. A empresa polonesa, por não observar o instrumento negocial, causou a rescisão do contrato administrativo da contratada principal junto ao Estado da Baixa Saxônia, e resultou no acionamento judicial do Länder, na corte nacional alemã. Esse solicitou o reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça europeu, que entendeu ser a convenção coletiva de aplicabilidade, apenas, aos trabalhadores da construção civil que prestassem serviço em obras públicas. Dessa forma, a rescisão contratual efetuada

pela Baixa Saxônia, ainda que no intuito de proteger direitos trabalhistas, acabou sendo considerada desproporcional, visto que a empresa teve violada a sua liberdade de prestação de serviços e de vantagem competitiva, afastada somente pela existência de uma disposição de aplicação geral²³².

Os três casos paradigmáticos revelam uma mudança de tendência do Tribunal de Justiça, no tratamento do destacamento de trabalhadores e na funcionalidade dos direitos fundamentais trabalhistas. Observa-se a prevalência da liberdade de estabelecimento, que deve ser lida – nesse caso - como liberdade econômica de otimização de eficiência, sobreposta ao direito de greve, representando uma nova toada hermenêutica que premia as liberdades fundamentais, nas quais se situam as colunas existenciais da comunidade europeia. Alguns mais apaixonados pelo discurso protecionista, em uma visão dissociada da realidade, afirmariam que deve haver um conjunto unitário de direitos em todo o continente europeu para que conflitos coletivos, tais quais os demonstrados, não se repetissem e se imprimisse um *core labor standards* naquele bloco comunitário. A intenção é boa, contudo os resultados sistemicamente indesejados. Se o patamar de direitos deve ser isonômico para todos os países, independentemente de sua formação e estrutura econômica, naturalmente os Estados mais pobres restariam prejudicados e relegados à desaceleração de investimentos e de instalação de postos de trabalho, uma vez que não haveria mais razão de se demover indústrias, filiais e prestações de serviços de um local a outro.

O que está em pauta não é a utilização indiscriminada de uma legislação como mecanismo competitivo, até porque isso violaria preceitos fundamentais de direito internacional do trabalho consignados na constituição da OIT, e sim a preservação de um conjunto mínimo de direitos sociais (reputados como fundamentais) a serem comuns a todos os membros do bloco – raciocínio aplicável a outras regiões do globo – e capazes de assegurar condições dignas de trabalho, sem que isso represente a perda de competitividade de atração de investimentos de um país. Lembre-se que a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviço foi expressamente prevista no Tratado de Roma, sem que isto contrariasse a tutela de segurança social, pois toda e qualquer análise jurídica não deve desconsiderar a lógica das liberdades econômicas que busca primordialmente a eficiência.

Por razões óbvias, as melhorias de ordem salarial e de outros benefícios trabalhistas podem e devem ser obtidas pelo exercício do diálogo social, observador das peculiaridades culturais, econômicas, políticas e sociais locais. As questões que envolvem concorrência

²³²LAURINO, Salvador. **Destacamento de trabalhadores** - Dumping social e os desafios à afirmação do espaço social europeu. São Paulo: LTr, 2013, p.77-81.

desleal devem ser analisadas sob o prisma do direito internacional privado com o estabelecimento dos limites de aplicação do regramento nacional a trabalhadores estrangeiros, evitando assim o dumping social transnacional em solo europeu. Por essa perspectiva, o Tribunal de Justiça excedeu sua competência na interpretação da Diretiva n. 96/71 invadindo o direito interno por exercer controle de legalidade de ordenamento nacional.

O Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, por sua vez, não adotou a mesma posição legislativa do que ocorreu na Europa. O Tratado de Assunção não regulamentou e autorizou objetivamente a livre circulação de trabalhadores no Mercado Comum do Sul, restringindo-se a uma regra discricionária, prevista no artigo 13, que autoriza subgrupos de trabalho para o cumprimento dos objetivos. Algumas poucas tentativas foram realizadas, em 1991 (criação do subgrupo de trabalho nº 11 por solicitação das Centrais Sindicais e dos membros dos Estados-Partes) e em 1994 (Resolução 44/94), perfazendo o comprometimento do reconhecimento da validade dos documentos de identificação pessoal. Pontue-se, a título de exemplo, a Decisão 07/95, cujo objeto é a tentativa de revalidação de diplomas, certificados, títulos e, por fim, o reconhecimento dos estudos técnicos de nível médio realizado nos Estados signatários²³³. Em 1998, por ocasião da 14ª Reunião de Cúpula do MERCOSUL foi emitida a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, que cristalizou regras relativas à não-discriminação dos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho, à igualdade entre homens e mulheres e pessoas com necessidades especiais, à proteção aos trabalhadores migrantes e fronteiriços quanto à igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidos aos nacionais de um país, à criação da livre circulação de trabalhadores nas regiões de fronteira. Entabulou-se, ainda, a eliminação do trabalho forçado, inclusive como método de mobilização e utilização de mão de obra com fins de fomento econômico, a eliminação do trabalho infantil e de menores, a liberdade de associação (de acordo com as regras nacionais) e sindicalização, a negociação coletiva (greve, promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de autocomposição de conflitos, diálogo social), o fomento do emprego, a proteção dos desempregados, a formação profissional e o desenvolvimento dos recursos humanos, a saúde e a segurança no trabalho, a inspeção no trabalho e a seguridade social.

Na seara internacional, noticiam-se casos de aplicação das Convenções da OIT por Tribunais Internacionais, notadamente a Corte de Justiça Caribenha, a Corte de Justiça da

²³³VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, E.B.. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o dumping social. In: **Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho**, 2007, Porto Alegre. Curitiba: Juruá, 2007. p. 151-164; p.157-158.

União Europeia²³⁴, a Corte Europeia de Direitos Humanos²³⁵ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos²³⁶. A título ilustrativo, considere-se a demanda julgada pela Corte de Justiça Caribenha, no Recurso de Apelação da Corte de Apelação de Belize, em que eram partes *Mayan King Ltda versus Jose L. Reyes e outros (CCJ Appeal N° 3 of 2011, BZ Civil Appeal N° 19 of 2009)*. O Tribunal Caribenho não deu provimento ao recurso da demandada *Mayan King Ltda*, uma companhia proprietária de fazendas de laranjas e bananas, que intentava reduzir a condenação imposta pela Corte de Belize de \$70.000 dólares a cada um dos seis empregados dispensados por exercerem atividade sindical. A argumentação posicionou-se no sentido de violação ao artigo 13 da Constituição de Belize, à Lei dos Sindicatos de Empregados e Organizações de empregadores e às Convenções N. 87 e 98 da OIT e corroborou com o entendimento da internacionalização dos padrões trabalhistas ao afirmar que as convenções são a base sobre a qual a atividade sindical se assenta, dado que abrangem princípios básicos dos direitos sindicais, assegurando o direito de não discriminação no trabalho em razão do exercício do sindicalismo.

Igualmente merecedor de grifo foi a demanda da Associação Nacional das Advogadas de Bangladesh (BNWLA) contra o Governo de Bangladesh, por intermédio da petição N° 5916/2008, na Suprema Corte daquele País. Após denúncias de assédio sexual, a associação ajuizou mandado de injunção para o suprimento de lacuna legislativa e o disciplinamento do assédio sexual no local do trabalho, tendo a Suprema Corte deferido o pedido e assumido a responsabilidade de proteção aos direitos fundamentais, nos termos do art. 102 da Constituição Bengali. Utilizando-se de posição concretista, a Corte Máxima de Bangladesh estabeleceu diretrizes – na forma de 11 artigos - para a proteção de mulheres e de meninas, nos locais de trabalho, até que o Governo elaborasse legislação específica. Na formulação das diretrizes, a Corte Suprema fixou entendimento de que as convenções e as normas internacionais devem ser lidas como direitos fundamentais ante a ausência de qualquer

²³⁴Cf. Court of Justice of the European Union, Grand Chamber, *KHS AG v. Winfried Schulte*, 22 November 2011, Case No. C-214/10; Court of Justice of the European Union, *Gerhard Schultz-Hoff v. Deutsche Rentenversicherung Bund and Stringer and Others v. Her Majesty's Revenue and Customs* (references for a preliminary ruling from the Landesarbeitsgericht Düsseldorf and the House of Lords), 20 January 2009, Joined Cases No. C-350/06 and C-520/06. Disponíveis em: International Training Centre <<http://compendium.itcilo.org/en>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

²³⁵Cf. European Court of Human Rights, First Section, *Kiyutin v. Russia*, 10 March 2011, Application No. 2700/10; European Court of Human Rights, Third Section, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, 21 April 2009, Application No. 68959/01; European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Demir and Baykara v. Turkey*, 12 November 2008, Application No. 34503/97; European Court of Human Rights, Second Section, *Sidabras v. Dziautas v. Lithuania*, 27 July 2004, Application Nos. 55480/00 and 59330/00. Disponíveis em: International Training Centre <<http://compendium.itcilo.org/en>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

²³⁶Cf. Inter-American Court of Human Rights, *Huilca Tecse v. Peru*, 3 March 2005; Inter-American Court of Human Rights, *Baena Ricardo and others v. Panama*, 2 February 2001. Disponíveis em: International Training Centre <<http://compendium.itcilo.org/en>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

legislação nacional que ocupe o campo caso não haja incompatibilidade entre eles. Fez alusão à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, seu Protocolo Facultativo e a Recomendação Geral Nº 19, que versam sobre a violência contra as mulheres, emitidos pelo Comitê das Nações Unidas.

Em todos os casos referenciados, as decisões, tanto dos tribunais nacionais quanto das Cortes supranacionais, têm sido no sentido de assegurar os direitos dispostos nas Convenções Fundamentais, fazendo uma relação entre direito interno, internacional e, por vezes, supranacional (nos casos dos blocos regionais). A verificação reiterada da ocorrência do que se intitulou de *Paraísos Normativos* é um desafio à aplicação dos padrões laborais, mormente por tais Estados serem acobertados por suas Soberanias. Porém, o método da transjuridicidade desponta como complementador de pontuais lacunas que devem ser eliminadas na proteção aos direitos sociais.

Ambos os casos demonstram um modelo que se revela como verdadeira influência de um subsistema jurídico sobre o outro, a saber: trabalhista imbricado ao comercial/concorrencial. Pela mesma lógica, as Convenções da OIT, justificadas pelo Preâmbulo da Constituição da OIT²³⁷ e pela Declaração sobre princípios fundamentais e Direitos no Trabalho. Essa manifestação localiza-se em campo meramente normativo, porém já sinaliza indícios de racionalidade transversal, mais precisamente, quais sejam os pontos de convergência mínimos assinalados por ambas as ordens.

A segunda alternativa representa a utilização de *standards trabalhistas*, em sede judicial, como recurso à fundamentação de decisões que envolvam assuntos laborais ou de outra natureza. A fortificação do diálogo entre juízes é fruto do conhecimento comum sobre determinado instituto entre tribunais nacionais e internacionais, principalmente. A influência recíproca entre Cortes se distingue-se pelo estudo, pela interpretação e pela aplicação de teses jurídicas desenvolvidas por órgãos jurisdicionais situados para além do território nacional, constituindo uma ordem híbrida, resultante da “(...) interpretação judicial comum ou dialogada, respeitando-se as diferenças culturais ou de linguagem, dentro da margem nacional de apreciação de cada Estado”²³⁸. A iniciativa para a troca de experiências ocorre de forma

²³⁷O entendimento acerca das funções preambulares adotado, no texto em curso, foge às tradicionais formulações teóricas que reduzem o prólogo constitucional a uma louvação retórica da nova ordem jurídica. Respalhado no pressuposto revisionista que defere ao preâmbulo força integrativa, cultural, política e jurídica, em especial em tempos de crise do constitucionalismo e da representação democrática. Para maiores aprofundamentos Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de . O preâmbulo e as sociedades constitucionais: por uma revisão conceitual das funções e da representatividade jurídica do prólogo constitucional. **Juris Rationis (UnP)**, v.6, p. 11-21, 2013.

²³⁸VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p.177.

mais firme em questões relativas aos direitos humanos, impulsionada por “atores cívicos, econômicos ou científicos que evocam interpretações ou provocam reações judiciais similares em diferentes locais do planeta”. Em outras situações, pode ser instigada pelo Ministério Público ou pelos próprios juízes, configurando um “movimento não-hierarquizado, voluntário na maior parte dos casos”²³⁹.

A respeito da internacionalização do direito estatal a problemática se situa em outro norte. Essa tendência implica que problemas detectados na ordem interna são discutidos nos fóruns internacionais e lideram a lista de preocupação dos órgãos encarregados da proteção dos direitos humanos, em particular no sentido de normatizar problemáticas locais. Tendem, portanto, a serem reproduzidos, em ordenamentos alienígenas, e merecem, em razão disso, uma atenção específica para que se mantenha um nível mínimo de padrões de direitos humanos na ordem interna e internacional. No mais, incontestável que o processo de integração entre o direito nacional, regional e internacional, a multiplicação de fontes normativas que ultrapassem o Estado-nação (descentralização de fontes) e o acúmulo de lógicas diferenciadas entre as ordens interna e externa reclamam novos métodos de solução de conflitos normativos ou jurisdicionais²⁴⁰. Em adição a esse fenômeno, surge uma tensão entre a unidade do Direito Internacional e a sua fragmentação, posto que se verifica um sensível aumento da quantidade de instrumentos normativos utilizados, no âmbito internacional, e o surgimento de vários órgãos de solução de controvérsias internacionais. Essa proliferação de regras e de órgãos acaba por gerar um ambiente de autonomia e de isolamento dos ramos imantado por uma jurisdicização sem uniformidade dos variados ramos do direito internacional²⁴¹. Ressalte-se, ainda, que é, no território nacional, onde se manifestam as reais e mais relevantes controvérsias jurídicas, seja por não haver um território propriamente internacional ou pela dificuldade de implementação de decisões efetivamente coercitivas.

A gênese dessa internacionalização do Direito estadual aplicada ao mundo do trabalho iniciou-se com o caráter universal (expansão para além das fronteiras do território soberano) desse ramo do direito. Sabe-se que, nos primórdios da legislação trabalhista, muito embora a melhoria das condições de trabalho fosse reconhecida pelo tecido empregador como um benefício à produtividade e pacificador de conflitos para com os empregados, a concessão generalizada desses direitos era obstaculizada pelo temor da concorrência continuar

²³⁹VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p.177.

²⁴⁰VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4.ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.27-33.

²⁴¹LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicinalização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.5-6.

produzindo com base no antigo modelo de negação²⁴². Porém, a existência de situações semelhantes, nos mais variados Estados Nacionais, configuraram uma universalidade de soluções, por intermédio da generalidade normativa, aceitas, até mesmo pelos empresários da época, desde que isso representasse um compromisso aplicável a todos os setores produtivos, não apenas no cenário interno, e sim internacional. A instituição de órgãos permanentes e a criação de regramentos multilaterais com o compromisso dos Estados quanto às relações de trabalho foi o marco da internacionalização do direito laboral, cujo cerne era assegurar as legislações nacionais e impulsionar o seu desenvolvimento, bem como funcionar como um código de ética empresarial no âmbito da concorrência.

Em outra linha, uma decorrência lógica do processo de internacionalização do direito aponta para a influência da ordem externa na confecção de normas internas por se tratar de uma escolha de política legislativa calcada nos valores eleitos fora dos limites nacionais. Veja-se o exemplo da Emenda Constitucional Nº 72, de 02 de abril de 2013²⁴³: os mais desatentos podem crer que se trata de um avanço ou uma inovação peculiar do Estado Brasileiro em relação a esses trabalhadores, porém trata-se de manifestação local de uma decisão de proteção aos empregados domésticos no âmbito da OIT por força da Convenção 189, de 16 de junho de 2011.

Tal movimento de integração internacional do Direito Laboral tem se verificado, na jurisprudência brasileira, por intermédio do recurso a regras componentes de outras ordens jurídicas trabalhistas, principalmente as internacionais capituladas pela OIT, como fonte decisórias para proteção dos direitos trabalhistas tidos como patamar civilizatório mínimo existencial em matéria laboral. No Brasil, sobressaem algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho que empregam elementos da ordem jurídica internacional trabalhista para construir o *decisum*. Digno de referência quanto ao tema é o Recurso de Revista- TST 77200-27.2007.5.12.0019²⁴⁴ (Roberto Antonio Zavascki *versus* Companhia Minuano de Alimentos). Isso porque o Relator Ministro Vieira de Filho Melo recorreu ao art. 1º da Convenção Nº 98 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 49/52, no julgamento do item referente à resolução do contrato de obreiros

²⁴²CASELLA, João Carlos. Fundamentos da internacionalização do direito do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. V.90. São Paulo, 1995. p.375-381, p.376.

²⁴³Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.

²⁴⁴RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - CONDUTA ANTISSINDICAL - DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA DE PARTICIPANTE DE GREVE - CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT - INTEGRAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO – INDENIZAÇÃO POR PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. – RR - 77200-27.2007.5.12.0019. Rel.: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgamento: 15/02/2012. Publicação: DEJT 24/02/2012.

integrantes de movimento paredista. No mérito, negou-se a tese da justa causa e se confirmou o dano moral imposto à reclamada, por analogia à Lei nº 9.029/95 (empregada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região em Recurso Ordinário). O argumento principal foi a relação de interdependência existente entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, implicando a incorporação na legislação interna dos diplomas internacionais ratificados.

Outra externalidade paradigmática no tópico proteção aos direitos fundamentais trabalhistas em ocorrências que circundam o terreno da transterritorialidade e a tutela de garantias mínimas ressaltou com o cancelamento da Súmula Nº 207 do Tribunal Superior do Trabalho. O verbete sumular consagrava o princípio da *Lex Loci Executionis*, no conflito de leis trabalhistas no espaço, dispondo que as relações trabalhistas seriam regidas pelas leis vigentes no país da prestação de serviço, e não por aquelas do local da contratação. Naturalmente, a interpretação do entendimento exarado pelo Tribunal Superior do Trabalho dava azo à contratação de trabalhadores brasileiros para exercer o labor em locais com legislação social frágil ou de menor nível de proteção que a brasileira, à mercê das precárias garantias. A mudança de entendimento da Corte Superior Trabalhista resultou na incidência da Lei 11.962, de 3 de julho de 2009, que alterou o art. 1º da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, estendendo as regras desse diploma legal a todas as empresas que contratem ou transfiram trabalhadores com o objetivo de prestação de serviço no exterior. Assim, o critério em voga não é mais o local da prestação de serviços, e sim a legislação mais benéfica ao empregado, nos termos do art. 3º²⁴⁵ do documento legal mencionado, o que autoriza a aplicação de legislações estrangeiras por tribunais brasileiros, a depender do caso, e, até mesmo, a aplicabilidade do direito brasileiro por órgãos jurisdicionais alienígenas.

²⁴⁵ Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços: I - os direitos previstos nesta Lei; II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

3 UM IMPASSE ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A DIGNIDADE DO TRABALHADOR: A LIBERDADE COMO FUNDAMENTO DE PONDERAÇÃO

As tensões até aqui demonstradas entre o capital e o trabalho revelam-se aparentemente inconciliáveis por discorrerem sobre interesses absolutamente contrapostos. De um lado, a indispensabilidade de observância às garantias mínimas – reconhecidas como direitos humanos – que oportunizam ao indivíduo trabalhador a possibilidade de realizar um projeto de vida e de outro a livre iniciativa – tão fundamental quanto o trabalho digno – que são imprescindíveis um ao outro, embora permaneçam em constante enfrentamento. Em adição a isso, ressalte-se o fato da globalização permitir, conforme já explanado, em razão da sua lógica autorregulatória, a mobilidade produtiva e da força de trabalho ao menor sinal de contrariedade político-econômica.

A proposta de universalidade e de generalização dos direitos sociais trabalhistas prospectada pela Organização Internacional do Trabalho, a oferta da transjuridicidade como um mecanismo auxiliar para implementação dos direitos trabalhistas, as discussões de cláusulas sociais no âmbito da OMC, o Selo Social, o Pacto Global e o Código de Conduta demonstram-se tentativas ainda mínimas frente à realidade de desigualdade delineada no mundo do trabalho. O debate que se inicia anseia a obtenção de propostas solucionatórias que não tem o condão de solver em definitivo a problemática das precárias e frágeis condições de trabalho e remuneração, em locais com pouca oferta de trabalho, e estruturas governamentais e sindicais cooptadas e fragilizadas pela força econômica. Antes, visa oferecer um modelo que pretenda mediar a reunião de patamares básicos de vida sob a perspectiva trabalhista com a manutenção dos postos de trabalho, nos países que abrigam subsidiárias, terceirizadas e parceiras de empresas transnacionais. Logo, o item em curso tem um cunho teórico-preparatório incidente sobre a possível definição da expressão dignidade do trabalhador em termos de padronização internacional de condições laborais.

As variáveis legislações nacionais, em razão da força cogente do direito internacional, precisam com ele se harmonizar hierárquica e materialmente. Surgem, por conseguinte, eventuais choques de tutela que podem invocar o direito nacional como mais legítimo do que a regra internacional em nome de uma soberania, ainda que o Estado seja signatário de determinada Convenção Internacional sobre o tema. Assim, para evitar uma avaliação de cada ordenamento jurídico, fato que causaria um caos metodológico, prioriza-se, na presente discussão, uma definição do conceito de cidadania e de dignidade do trabalhador, configurado pelas premissas mínimas constituintes dessas categorias no âmbito do mundo laboral.

De início, é imprescindível que se esclareça a indispensabilidade do trabalho como fator salutar ao desenvolvimento local, nacional ou regional, seja sob uma ótica que pondere precisamente acerca da macroeconomia (que considera principalmente o crescimento econômico) ou uma análise que priorize a questão quanto ao viés de desenvolvimento do próprio cidadão. A soma das duas categorias contribui para a construção do conceito de cidadania, imanente ao direito ao trabalho decente. Sabe-se que o acesso ao trabalho decente abre espaço para o alcance de outras categorias de direitos sociais, econômicos, culturais, configurando uma cidadania real, definida pelo próprio destinatário. Em última instância, toda a normatividade trabalhista concebida na esfera nacional, internacional e supranacional tem como uma de suas finalidades a promoção de um trabalhador cidadão, com capacidade para seu desenvolvimento pessoal e para contribuir com o crescimento econômico e avanço do Estado onde se fixa, por meio de sua participação como cidadão (trabalhador) nos processos decisórios que influenciam o desenvolvimento²⁴⁶.

As distintas formulações sobre o modelo de desenvolvimento que se pode adotar para determinado Estado, em uma delimitação espacial e temporal específica, possuem efeitos diretos quanto ao modo de encaram os direitos e os deveres dos sujeitos jurídicos. Parte relevante desse conjunto de direitos, com os respectivos deveres que potencialmente os concretizam, dispõe de nomenclaturas diversas, caracterizadas sob epíteto de direitos fundamentais, direitos humanos, liberdades civis e políticas. Dois paradigmas distintos de análise das espécies de desenvolvimento e de direitos/deveres se sobressaem nesse contexto: um de vertente mais liberal e que parte de uma matriz claramente orientada pela *liberdade*, tanto econômica quanto individual; outro, reputado como de natureza crítica, que se opõe às construções epistemológicas do primeiro, refutando seus institutos e suas teorias, baseado no critério da utilização de categorias ideologicamente alinhadas ao Marxismo e aos seus sucessores²⁴⁷.

Dentro dessa perspectiva, surge uma discussão, objeto de acalorados e variados debates no meio acadêmico e da *práxis*, sobre a operacionalização dos direitos e dos deveres e, em última instância, a respeito da própria condição fundante do *ser* – em termos ontológicos – humano, que versa a respeito do que se entende por *cidadania*. As múltiplas

²⁴⁶SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, v. 72, p. 277-284, 2008. p.283.

²⁴⁷Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de ; FRANCA FILHO, M. T. Juridicidade, Economia e Liberdade: a perspectiva jurídica dos parâmetros de cidadania na teoria econômica do desenvolvimento de Amartya Sen. In: CONPEDI/UFPB; Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa; Yanko Marcius de Alencar Xavier; Giovani Clark. (Org.). **Direito Econômico, Energia e Desenvolvimento** - A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI. 1ed.Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 396-414.

possibilidades de estudo do tema conduzem a formas diferentes de interpretação dos pressupostos e das consequências ensejadas pelas teorias sobre cidadania, sejam elas econômicas, filosóficas, sociológicas ou puritaneamente jurídicas, sob o viés liberal ou crítico. Este encara o tema com base em elementos metajurídicos, os quais dizem respeito fundamentalmente à identidade, à (re)construção de modelos sociais e ao olhar crítico em relação ao trabalho como categoria.

No cenário de interligação e de variedade teórica da cidadania como vetor explicativo da condição, da existência e da sociabilidade humana, comparativamente à relação do homem para com o Estado, entende-se que o trabalho é apenas uma das facetas de construção de cidadania e que, mesmo com todas as suas peculiaridades, pode se submeter a uma teoria da cidadania. Nesse ponto, parece recomendável a compatibilização da teoria econômica do economista indiano Amartya Sen, notadamente na sua obra *Desenvolvimento como liberdade*, com as preocupações sociais até aqui esposadas quanto aos trabalhadores relacionados aos critérios lançados por ele que contribuem para a liberdade global (tida pelo referido autor como meio e fim do desenvolvimento), quais sejam: liberdades substantivas e liberdades instrumentais. As últimas desdobram-se em cinco espécies: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

O objetivo pretendido posiciona-se no sentido de identificar uma correspondência jurídica às categorias arroladas por Amartya Sen, de modo a fixar conclusão de que tais liberdades são os padrões mínimos para a construção de um conceito de cidadania (ao menos, em termos liberais) do trabalhador e o seu respectivo exercício embasa a proposta de transição de um modelo econômico degradante para um modelo que homenageie a liberdade tanto do empregador quanto do trabalhador.

3.1 DESENVOLVIMENTO, CRESCIMENTO ECONÔMICO E LIBERDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS E DIALÓGICOS

Dentro do mesmo plano normativo, encontram-se, em pleno avanço, duas diferenciações referentes às correlações entre direito e desenvolvimento: o direito ao desenvolvimento, tido como direito humano transnacional de cunho solidário e o direito econômico do desenvolvimento. O primeiro tem sido encampado na agenda internacional²⁴⁸, classificado como direito fundamental [humano] de terceira dimensão – e adjetivado como

²⁴⁸ A esse respeito vide Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento e Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.

objetivo da República Nacional (art. 3º, II, CFRB/1988), de forma que, sendo finalidade, todas as ações estatais e privadas devem ser orientadas com fito em seu alcance. Pela simples razão de ser tido como um fim a ser disseminado por todo o corpo estrutural-dogmático e principiológico do Estatuto Maior, acaba também por ser um direito de natureza metaindividual.

A Resolução nº 41/128 da Organização das Nações Unidas acrescentou o desenvolvimento ao rol dos direitos humanos. Esse novo direito enfatiza a acepção social, em sobreposição à faceta político-econômica e à incorporação jurídica, e como direito tem por destinatário “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”²⁴⁹. Noutro giro, o direito do desenvolvimento se posiciona em uma feição mais próxima de políticas econômicas internacionais cujas características mais singulares tangenciam a microeconomia, envolvendo matérias relativas à soberania nacional, ao comércio e à transferência internacional de bens (i)materiais, cooperação, cooperação internacional e reestruturação de setores econômicos²⁵⁰.

No período da economia política clássica, o conceito de desenvolvimento foi associado ao mero crescimento econômico, olvidando sua relação com o incremento das condições de vida daqueles que fomentam e constroem a riqueza: consumidores e trabalhadores. No período pós-guerra, houve transformação acerca da visão do papel do homem como objeto central de existência e fim de proteções. A respectiva mudança de paradigma criou um ambiente favorável para o desenvolvimento dos direitos com o lastro da justiciabilidade, a exemplo do direito do trabalho e da seguridade social, cuja fundamentação maior está na igualdade material. Paralelamente, a fase de grande crescimento econômico – confundida com desenvolvimento por diversos economistas – encetada pela pujança do sistema capitalista globalizante e transnacionalizador, embora se possam identificar momentos de fortalecimento de capitais nacionais, por intermédio do modelo de substituição de importações²⁵¹, trouxe consigo problemas de raízes deveras complexas para o campo da concretização dos dispositivos de tutela social, ora consagrados em sede global, regional ou local. Assim, assevera-se, inicialmente, que, para os efeitos metodológicos eleitos, em uma visão mais contemporânea e mais equilibrada, não se pode confundir crescimento

²⁴⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.569.

²⁵⁰FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Exclusão Social e Pobreza nas Interfaces entre o Direito Econômico do Desenvolvimento e o Direito Humano ao Desenvolvimento. In: SILVEIRA, V. O.; SANCHES, S. N; BENETTI, M.. (Org.). **Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Brasília: IPEA ; CONPEDI, 2013, v. 1, p. 103-121.

²⁵¹GUILLÉN R., Arturo. Modelos de desarrollo y estrategias alternativas. In: CORREA, Eugenia; DÉNIZ, José; PALAZUELOS, Antonio (coords.). **América Latina y desarrollo económico: estructura, inserción externa y sociedade**. Madrid: Akal, 2008, p.15-42.

econômico²⁵² com desenvolvimento, haja vista o termômetro desse ser a sustentabilidade social gerada pela liberdade.

O desenvolvimento, ao longo do século XX e XXI, foi tratado apoiando-se em três principais teorias que têm como referencial as teorias macroeconômicas neoclássicas. Para as correntes tradicionais, a aferição do desenvolvimento ocorre pelo aumento da riqueza total e o restante se operacionaliza pelo efeito ‘cascata’ (*trickle down effect*). A primeira (teoria das imperfeições de mercado) objetiva evitar ou eliminar as falhas de mercado no âmbito macro ou microeconômico utilizando como recurso a sua identificação e não se configura como dissidente do modelo neoclássico. O segundo grupo (escola da nova economia institucional) trabalha novos campos de estudo que dificultam o bom funcionamento dos mercados. Enquanto que a terceira vertente dissecar o estudo acerca do desenvolvimento a partir de valores e de questões como a pobreza e o desenvolvimento, inserindo, além disso, na discussão uma abordagem ética²⁵³. Bases teóricas que envolvem a distribuição de riqueza, a ética do desenvolvimento, a liberdade e o fim da miséria tem posição de destaque nesse grupo²⁵⁴.

Na acepção mais moderna, o desenvolvimento desdobra-se em três vertentes factíveis: econômica, social e política. As três relacionam um ponto em comum, qual seja a liberdade do homem. A liberdade que o promove e por ele é materializada é a mesma que o inclui por intermédio do trabalho decente, não precarizado e pleno²⁵⁵. Ela não denota uma autorização lacônica para que se faça ou se deixe de fazer tudo que se almeja sem que sejam avaliadas as consequências dessas decisões. Tipifica-se como bem jurídico de magnânima sobressalência que erigiu a Revolução Francesa e inspirou todos os direitos de proteção contra a ingerência faminta do Estado, ou seja, os civis e os políticos. Uma liberdade que se disseminou como princípio-valor impelindo e propagando a sua força normativa pelos sistemas de jurisdição supranacional e local. É a liberdade que encabeça o preâmbulo e orienta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – objetivo fundamental da República –, aquela cuja expressa menção aparece dezenove vezes no corpo do Texto Fundamental.

²⁵²Deve-se fazer a ressalva que, para a teoria econômica tradicional, o desenvolvimento de um país é medido por seu PIB, que, dividido per capita, mostra o grau de riqueza alcançado por seus habitantes. Há posicionamentos que condenam a valorização da Democracia, dos Direitos Civis e Políticos, pois não permitiriam a expansão econômica em sua totalidade.

²⁵³RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p.26-27.

²⁵⁴SACHS, Jeffrey. **O fim da pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos. São Paulo: Companhia de letras, 2005, p.31-119.

²⁵⁵SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável e sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p.25-65.

É indubitável que essa liberdade dissipa-se e se transmuta em grilhões de interesses por vezes controvertidos, sem preocupação direta com as pessoas e com distorções e abusos provenientes de um frágil modelo regulatório. Isso em um processo muito sutil de substituição de custos, de riscos e de oportunidades. A precarização e a mercantilização da força humana, pelas vias da obliteração do que o indivíduo tem de mais valioso – a sua energia vital, transformável em labor –, retiram, do campo da libertação humana, duas possibilidades basais: a oportunidade para diligenciar os objetivos traçados pessoalmente como valiosos e a importância do próprio processo de escolha²⁵⁶. Elucidando: a subvalorização da contribuição do homem para a construção de uma sociedade econômica, assentada no lastro criacionista da riqueza, subtrai-lhe o acesso a bens que contribuem para essa noção de liberdade assentando a base para que possa se sentir livre para ser e fazer o que entende por ideal. Além disso, limita-o quanto ao seu poder de escolhas, dentre o leque multiplexo que a vida, o mercado e a sociabilidade apresentam à sua frente e o impede de alcançar um patamar mais próximo da pretensa igualdade, visto não ser cabível igualar seres não livres com outros já “libertos”²⁵⁷.

A ideia de expansão da liberdade individual representada como o início e o fim do sentido dos direitos humanos e o norte da atuação do Estado em contraposição aos delineamentos coletivistas, rechaçada pelos pensadores Marxistas e Neomarxistas, foi lançada como elemento colunar para a vida em sociedade pelas Escolas Liberais e se manifesta com contornos específicos - desde a linha do liberalismo ético até o liberalismo econômico –, na história, presentes com maior consistência, em termos clássicos na Inglaterra (Adam Smith, Herbert Spencer, John Stuart Mill, T. H. Green, L. T. Hobhouse), na França (Émile Durkheim), na Alemanha (Max Weber) e na Itália (Vilfredo Pareto, Benedetto Croce)²⁵⁸. Na esteira dessa lógica, há de se ressaltar que, embora se aluda ao liberalismo como um referencial que prestigia o *homo economicus*, os valores propagados, em nome da liberdade, perpassam as áreas da moral, da ética, sobretudo nos campos onde se conectam as expectativas em relação à manutenção da individualidade. Logo, verifica-se que um dos eixos centrais do liberalismo, em qualquer espécie que se estude, corresponde à possibilidade

²⁵⁶SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.262-263.

²⁵⁷A leitura do termo liberto deve ser feita com a maior das cautelas possíveis para que se evite uma panfletarização discursiva da expressão. Não se está referindo a uma libertação metafísica, tampouco de cunho propriamente jurídico, mas a possibilidade de exercício de tomada de decisões dentro de um universo disponível de oportunidades.

²⁵⁸Na filosofia liberal contemporânea, as referências liberais variam entre os neutralistas (Robert Nozick, Friedrich Hayek, Ronald Dworkin e John Rawls) e os comunitários (Michael Walzer e Joseph Raz).

libertária “(...) de se fazer uma escolha autônoma, ou seja, sem impedimento de restrições internas ou externas removíveis, resultantes de ações humanas”²⁵⁹.

Ainda que a dificuldade em tracejar o que se entende por liberdade se apresente sistematicamente, nas variadas correntes, o retorno aos efeitos de sua utilização é constante. A combinação de teses filosóficas e sociais, formalizada pelo estabelecimento de condições espinhais de sustentação, tais como a liberdade individual, a meritocracia, a propriedade privada e a responsabilidade individual, conferiu uma coerência gnoseológica ao pensamento liberal muito embora as acentuadas divergências entre os intelectuais do liberalismo existam, notadamente quanto à interpretação do que se compreende gnoseologicamente por liberdade. O problema de amplitude do termo induz a uma gama de opções interpretativas que podem ocasionar distorções de sentido, servindo até mesmo àqueles que são – por convicção – contrários à existência de uma maior liberdade orientadora das relações sociais.

No mesmo cenário que outros institutos filosóficos, o entendimento do alcance da liberdade pressupõe um requisito de contextualização histórica. A depender do período, do local e da formação histórica do grupo, a noção de liberdade poderia variar entre liberdades meramente políticas e liberdades individuais. Assim, em uma sociedade teocrática, não se concebe a incidência da plenitude das liberdades individuais como se conhece na modernidade, pois essas estariam vinculadas a uma (expectativa de) vontade divina ou aos desígnios estritamente coletivos. Em uma acepção geral, em termos Hobbesianos, a liberdade é a ausência de impedimentos externos às possibilidades de se agir de acordo com os próprios desejos, vontades e inclinações²⁶⁰. Essa é uma definição que data da divisão social entre homens livres e escravos e restringe-se à liberdade de ação, física e corporal do indivíduo²⁶¹. Trata-se de um sentido negativo da liberdade, que pressupõe a expansão das possibilidades da ação individual em oposição às obrigações ou às limitações interpostas por terceiros denominadas de contenções externas, mas que, para o filósofo genebrino, embora se fundamente no direito natural não se perfaz ou, tampouco, tem razão de ser sem a presença do direito objetivo. Uma reinterpretção mais contemporânea, conferida por Isaiah Berlin, do

²⁵⁹BELLAMY, Richard. **Liberalismo e sociedade moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994, p.10-11.

²⁶⁰MARUYAMA, N.. Liberdade, lei natural e direito natural em Hobbes: limiar do direito e da política na modernidade. **Transformação** (UNESP. Marília. Impresso), v. 32, p. 45-62, 2009, p.50.

²⁶¹NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do Poder Econômico** – A liberdade revisitada. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.27.

espectro negativo questiona em qual área há possibilidade do sujeito fazer o que é capaz sem a interferência de terceiros²⁶².

A problemática resultante desse questionamento remonta às bases autorizadoras da restrição da liberdade (porquanto caso seja ilimitada haverá interferências da ação dos sujeitos sobre as liberdades dos outros), de modo que o único fundamento para a limitação e a coação da liberdade seria a preservação dessa. Sob outro ângulo, a liberdade também denota uma leitura positiva que se corporifica na forma semântica a se distanciar do elemento heterolimitador. Significa estar o ser livre para agir dentro do campo do próprio conhecimento e de sua maturidade, determinando o seu futuro e estabelecendo um autogoverno e uma autorealização, conforme comenta Sérgio Antônio Ferreira Victor²⁶³:

[...] a liberdade envolveria a busca de um fim exterior e já não seria um fim em si mesmo; Berlin diferencia as duas concepções, em princípio, dizendo que a noção de liberdade positiva vem à luz não quando tentamos evitar qualquer espécie de interferência, mas quando tentamos responder à pergunta “Quem deve dizer o que devo ou não devo ser ou fazer?”; o desejo de governar a própria vida ou de participar do processo que controla minha vida, implica um sentido de *liberdade para* alguma coisa, ao contrário da *liberdade de* alguma coisa ou alguém.

A defesa da liberdade para os teóricos modernos pressupõe um determinismo das condições sociais que remontam ao desejo do indivíduo ansiar por algo. Entretanto, a percepção da liberdade como autonomia, engendrada em uma ideia de agir determinado pela razão, vinculada por uma autodeterminação não influenciada diretamente pelas condições as quais está submetido o indivíduo. O prestígio à autonomia da vontade surge como um elemento fundamental nessa forma de se enxergar, sendo justo quem “(...) determina o arbítrio, que é uma faculdade apetitiva com a consciência de poder operar para produzir o objeto de tal apetite (...)”²⁶⁴. A apreensão da autonomia da vontade e da autorrealização precede a distinção de amplificação da liberdade: aquela que só é reconhecida por uma perspectiva material, isto é, não é pressuposta e a autonomia da vontade se efetiva, exclusivamente, caso propiciadas as condições de vida e as condições ambientais responsáveis por essa concretização de capacidades humanas.

A conceituação e a distinção inicial perpetradas são necessárias para a correta aplicação, compreensão e identificação do próprio paradigma de cidadania, na teoria econômica de Amartya Sen. Na perspectiva do economista indiano, exarada através de seus

²⁶²VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Liberalismo v. democracia: os conceitos de liberdade de Berlin e o diálogo entre Rawls e Habermas. **Revista de Direito Internacional**, v. 8, p. 1-18, 2011, p.3.

²⁶³Ibid., p.4-5.

²⁶⁴NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do Poder Econômico** – A liberdade revisitada. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.33.

estudos, a liberdade é o termômetro de aferição do desenvolvimento e não se resume a um conceito estanque e hermético. Nela, o exercício da autonomia da vontade é dotado de relevância, na medida em que existem preferências na realização de ser e de fazer do indivíduo, que, por alguma impossibilidade, ainda que materializada em razão da dificuldade de acesso a recursos econômicos, elegem suas prioridades, propensões apenas possíveis quando oportunizadas as condições de realização, portanto. Nesse sentido, o escopo a que se propõe a discussão em curso é o estabelecimento de critérios e de definições de liberdade categorizadas pelo professor indiano que indiquem um *standard* de cidadania líbero-individual e propiciem o desenvolvimento capaz de remover os vários tipos de restrições limitadoras das escolhas pessoais e subordinantes às precárias oportunidades de exercício de uma ação racional.

Dentre as perspectivas liberais dos já supraditos teóricos do desenvolvimento alinhados à abordagem ética do desenvolvimento, encontra-se a construção econômica formulada por Amartya Sen com pressuposto na liberdade como meio e efeito teleológico do desenvolvimento. Conhecida e popularizada, na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, publicada no ano 2000, a proposta lançada por Sen erige-se, em um contexto histórico de extremo avanço tecnológico, difusão da informação, em meio a profundas desigualdades sociais, haja vista parte considerável da população mundial constatar-se inserida em um cenário de absoluta miséria e de exclusão do processo de participação efetiva na economia global e no exercício de escolhas sociais.

O autor, em razão das suas contribuições acadêmicas às teorias do desenvolvimento e ao Estado Social, foi laureado, em 1998, com o Prêmio Nobel das Ciências Econômicas. As premissas teóricas de Sen estão presentes ao longo das suas principais obras: *Choice of Techniques* (1960), *Collective Choice and Social Welfare* (1970), *Choice, Welfare and Measurement* (1982), *Commodities and Capabilities* (1987), *The Standard of Living* (1987), *Development as Freedom* (1999), *Identity and Violence: The Illusion of Destiny* (2006) and *The Idea of Justice* (2009). A relevância dos seus estudos comprovou tamanha credibilidade que, em 1993, Sen foi um dos responsáveis pela criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), utilizado, no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), como indicador do nível de qualidade social de determinado Estado e como bússola na formulação de políticas públicas específicas para os setores constatados como precários na análise.

Reputada como uma teoria liberal do tipo social-decisionista em que as decisões sobre o desenvolvimento não se restringem apenas a aspectos econômicos, e sim empregam força à

questão do alargamento das liberdades reais de que uma pessoa deve gozar viabilizada através da operacionalização de condições concessivas de acesso às oportunidades sociais aos sujeitos, aos chamados lastros fundacionais do desenvolvimento como liberdade estão em cinco conferências proferidas pelo autor no ano de 1996 e uma em 1997, quando Amartya Sen era membro da presidência do Banco Mundial. Dedicar-se a fornecer elementos que mitiguem os índices de pobreza e de miséria causados por razões diversas e que resplandecem no próprio conceito de *privações*. Na opinião do economista indiano, o desenvolvimento não pode ser alcançado sem a imprescindível superação das fomes coletivas, das necessidades essenciais não satisfeitas, da violação de liberdade básicas, da negligência da condição da mulher e das constantes ameaças ao meio ambiente e à sustentabilidade econômica e social. A instrumentalização para o combate das diversas formas de privação reside na ação conjunta e conexa de oportunização harmônica de gozo das diferentes formas de liberdade, tendo, porém, a liberdade individual como ponto de partida e de chegada, na concretização do desenvolvimento. Isso se realiza pelo entendimento da liberdade e da responsabilidade individual como um comprometimento social e desde que constatada a presença das condições mínimas de exercício dos intitamentos, ou seja, um ambiente social, livre de privações, que não impeça o exercício da condição de agente e não limite as escolhas e as oportunidades das pessoas.

O ponto chave da teoria do desenvolvimento como liberdade localiza-se na possibilidade de conferir aos indivíduos humanos o exercício do direito de escolha para serem aquilo que desejam, por intermédio de ação integrada das atividades econômicas, sociais e políticas. Segundo o autor, a análise conjunta das instituições sociais e estatais (Estado, mercado, sistema legal, partidos políticos, mídia, grupos de interesse público e foros de discussão pública) fundamenta-se em uma percepção “(...) segundo sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança, e não como recebedores passivos de benefícios”²⁶⁵. A despeito da crítica proferida por Rister à teoria de Amartya Sen, no sentido de que ela peca ao sugerir uma solução unitária para o desenvolvimento²⁶⁶ e de que reclama estudos complementares, semelhantemente ao de Calixto Salomão Filho (o autor intenciona aclarar o sentido a que os valores e as instituições devem apontar)²⁶⁷, a proposta teórica formulada pelo economista indiano legitima uma nova forma de encaro sob a temática em apreço. Distinta do direito

²⁶⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.11.

²⁶⁶ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p.28.

²⁶⁷ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

internacional do desenvolvimento, a modalidade em comento foi concebida, primariamente, pelo art. 22 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, em 1981, e consiste em um direito (programático) classificável como “dos povos”.

A sequência estruturante da obra citada se debruça sobre as perspectivas da liberdade e sua manifestação como meio e fim do desenvolvimento. No momento seguinte, correlaciona a liberdade com fundamentos de justiça, arrola a pobreza como causa determinante da privação de capacidades²⁶⁸, interliga as figuras do Mercado, do Estado e da oportunidade social e os conecta com o papel da democracia. Prossegue, ainda, discorrendo sobre os efeitos das fomes coletivas e outras crises como entrave ao desenvolvimento, aborda a condição de agente da mulher e as implicações sociais que sua valorização representa, dissertando, inclusive, sobre os direitos de reprodução e de planejamento familiar e pondera acerca dos temas: população, alimento e liberdade. Por fim, confere uma concepção cultural aos direitos humanos, valorizando as peculiaridades de cada povo e, ao final, apresenta a proposta supraprogramática para efetivação do desenvolvimento: a liberdade individual como comprometimento social e responsabilidade dos cidadãos.

Amartya Sen compreende que gatilhos de pobreza e de miséria, basicamente, freiam e impedem o indivíduo de alcançarem uma espécie de emancipação²⁶⁹, sintetiza quais as facetas da liberdade que precisam de reforço para que todos tenham acesso ao degrau inicial da escada do desenvolvimento e, a partir daí, mediante a responsabilidade individual e a meritocrática, possam prosseguir na escala do desenvolvimento. O cerne teórico do desenvolvimento Senista explica-se pelo processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas e, para efeitos didático-estruturantes, ele separa as liberdades em duas categorias, que não se excluem, mas antes reforçam uma a outra: substantivas ou constitutivas e instrumentais.

As liberdades constitutivas correspondem ao fim primordial do desenvolvimento e dizem respeito às capacidades mais rudimentares de existenciabilidade humana, a exemplo de “ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte

²⁶⁸A compreensão de capacidade, no pensamento de Sen, significa a possibilidade (leia-se liberdade) que um indivíduo humano tem de efetivar aquilo que considera como valoroso ser ou fazer.

²⁶⁹Não se considera aqui o termo emancipação, em vias do pensamento Marxista, “como a restituição do mundo e das relações humanas aos próprios seres humanos” (IASI, Mauro Luis. **Ensaio sobre consciência e emancipação**. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p.56), isto é, a eliminação de mediações por meio da assunção das forças produtivas pelos trabalhadores. O sentido que se imprime à locução conecta-se às alternativas mínimas e ao empoderamento de exercício daquilo que se considera como básico para a construção de uma cidadania que priorize a possibilidade das pessoas serem e agirem de acordo com seus desejos, qual seja, o aumento do nível de liberdade das pessoas, de forma que a emancipação ora tratada se foque em uma libertação das condições de miséria e também das ingerências estatais no modo de vida dos sujeitos.

prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão, etc”²⁷⁰. Simultaneamente, as liberdades instrumentais tangenciam o meio para o desenvolvimento, canalizando os esforços para sua realização e são subdivididas em cinco tipos: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

Naturalmente, as tipologias apresentadas pelo professor indiano representam o início de uma busca por direitos e por possibilidades do próprio fato de ser e de subsistência como ser humano, razão pela qual se defende aqui que, na verdade, as liberdades constitutivas e instrumentais são verdadeiros pilares do que se busca definir como cidadania. É dizer que, nos moldes de desenvolvimento liberal moderado proposto por Sen, uma cidadania imediata contempla a efetividade das referidas liberdades e isso é o ponto de partida para uma abordagem do trabalho subordinado, sob a lente dos valores fundamentais consagrados pela OIT no que se designará de bloco de convencionalidade.

3.2 LIBERDADES CONSTITUTIVAS E INSTRUMENTAIS: UMA LEITURA JURÍDICO-ECONÔMICA DA CIDADANIA E SUA APLICABILIDADE AO TRABALHADOR SUBORDINADO

Há muito se debate sobre os meandros da cidadania e os meios de seu exercício na teoria dos direitos humanos. Em homenagem à verdade, as variadas definições do seu conceito e sua amplitude dependem de múltiplos quesitos que contemplam a presença ou a ausência de um Estado Democrático, a aceitação de uma gama de direitos distintos como integrantes do núcleo duro da cidadania ou a compreensão de apenas algumas dimensões desses direitos, sendo os demais reconhecidos como mera expectativa de realização e não como direitos subjetivos exigíveis. Tem-se uma ideia de cidadania liberal, outra socialista, interpretações muçulmanas, dentre tantas outras, a depender do referencial teórico ou cultural que se utilize. Feita essa consideração, registre-se que a tentativa de traçar um perfil de cidadania exercitada pelo trabalhador, nessa seção, leva em conta os institutos e os termos cunhados por Amartya Sen, todos firmados na liberdade, eixo gravitacional de toda a sua teoria desenvolvimentista.

Antes de se adentrar nas tipologias liberais de Sen, cumpre frisar que, sob a perspectiva sociopolítica, a cidadania possui uma polissemia capaz de hospedar uma

²⁷⁰SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.55.

diversidade de significados. Ela pode ser tida como um valor adquirido no processo de concessão de dignidade ao ser humano, alojado em seu interior, ratificada pelo desenvolvimento de um estilo de vida, acessível de forma igualitária, em termos de cidadania, aos membros de uma mesma comunidade, ainda que presentes resquícios de desigualdades econômicas entre as classes sociais²⁷¹. Na percepção de Marshall e Bottomore, a cidadania possui uma vertente civil, uma política e outra social, equivalentes aos direitos conectados a sua respectiva dimensão representativa dentre as dos direitos e, a exemplo da propriedade, a possibilidade de celebrar contratos ou proteções sociais e educacionais²⁷², que se diferenciem por uma fusão geográfica e uma separação funcional, com o aparente estranhamento de cada categoria de direitos quanto às outras, embora todos fossem de aplicação nacional. O passo de reunificação e de interpenetração dos direitos de cidadania foi a força motriz para o seguimento das políticas igualitárias nascentes no século XX. Uma análise mais cuidadosa acaba por depreender que essas distintas categorias de direitos integram o núcleo duro da noção de cidadania, resumíveis sob outros epítetos nas teses de Amartya Sen. De fato, ambos não se ocupam de fornecer um modelo lastreado de isonomia, sendo admitida, por Marshall, particularmente, em certas instâncias, a manutenção de uma desigualdade econômica, porém inverificável em termos de *status* dos indivíduos membros integrais de uma mesma comunidade, sendo-lhes permitido exigir os mesmos direitos e igualdade em obrigações.

De igual modo, ressoam vozes que censuram a ideia vinculada de uma cidadania universal nos moldes ocidentais, na mesma toada da crítica formulada ao universalismo dos direitos humanos. O questionamento de que a história do mundo não deve ser confundida com a história do ocidente tem a sua parcela de procedência, entretanto o fato de se estabelecerem axiomas globais de promoção aos direitos humanos tem por corolário que: a) tomadas de decisões são fundamentais para a construção de categorias normativas, mesmo que os atos decisórios sirvam unicamente para a evolução e o desfazimento dos conceitos lançados em uma tentativa de promoção de patamares superiores de dignidade; b) os equívocos cometidos por filósofos (Kant, Marx, Hegel e Fukuyama) que, em suas diversas abordagens teóricas, trataram sobre direitos humanos desde uma perspectiva global devem ser lidos como uma tentativa de projeção da vida que cada um deles compreendia como correta. Discorda-se, portanto, do argumento esposado de que se trata de uma visão única de mundo por se universalizar o particular, de modo a desaguar em uma ideologia tida como verdade

²⁷¹MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. **Ciudadanía y clase social**. Versión de Pepa Linhares. Madrid: Alianza Editorial, 2007, p.20-21.

²⁷²Ibid., p.22-23.

necessária ou de que haveria apenas um mundo com um proprietário específico²⁷³. Caminhar por essa via de pensamento enfraquece os já combalidos esforços de culturalização e de propagação de um núcleo duro mínimo de direitos realizável e resulta em um vazio abstracionista que se resume à crítica sem oferta de soluções aos problemas da vida real diariamente enfrentados.

O desafio lançado diz respeito à elasticidade dos direitos integrantes do conceito de cidadania. De fato, as variadas propostas e classificações acabarão por tangenciar um ou outro elemento, cuja nomenclatura variará de acordo com o critério utilizado. O recorte metodológico ora adotado considera que não há cidadania sem liberdade, vetor de qualquer direito humano defensável e dogmatizado, e entende que há uma proposta de cidadania aplicável ao trabalhador na teoria do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Assim, ainda que existentes variadas acepções e críticas quanto aos fundamentos filosóficos e pragmáticos dos direitos ditos ocidentais, a opção efetuada segue a lógica liberal, juntamente com a tentativa de sua compatibilização aos padrões trabalhistas enumerados nas convenções fundamentais da OIT. Definir um rol de liberdades fundamentais jurídico-econômicas do empregado é estabelecer um sistema de observância mínima que resguarde, na seara internacional e comunitária, uma base para a sustentação de possíveis outros direitos conferidos pela negociação coletiva, por ajustes entre as partes ou, ainda, mediante a legislação nacional, de modo que o objetivo é o delineamento de um paradigma plausível, não exauriente.

Ao se analisar o quesito liberdade, há uma resistência em seu estudo sob a perspectiva dos sujeitos coletivos, dado que toda a estruturação teórica, até mesmo de Amartya Sen, diz respeito a decisões, a capacidades, a ações e a conexões individuais. Ocorre que, para o mundo do trabalho, a problemática não se limita meramente à discursividade individualista, porquanto abrange o conceito de categorias, coletividades. Isso não significa uma busca incessante por igualdade material entre os sujeitos, mas a tentativa de qualificar cada pessoa como um cidadão capaz para o exercício de suas habilidades, civilizado, e cuja dignidade não se assente em um critério comparativo, e sim de aferição individual e de autossatisfação.

A suposta incompatibilidade entre a noção de liberdade e as especificidades de questões como legislação impessoal abstrata, negociação coletiva, contratos coletivos, greves acabaria por impedir a aplicabilidade liberal ao caso concreto. O objetivo aqui intentado não se funda na desregulamentação ou na desregulação do direito do trabalho, transferindo-se aos

²⁷³CLARKE, Paul Barry. **Ser ciudadano** – conciencia y praxis. Madrid: Sequitur, 2010, p.21.

agentes privados toda e qualquer negociação sem a designação dos limites mínimos de proteção, e sim de expor o assunto na perspectiva dos sujeitos coletivos, que podem ser definidos como uma “pessoa institucional livre (...) na medida em que goze das relações discursivo-amigáveis com outras pessoas, individuais ou institucionais (...)”²⁷⁴. A integração de uma comunidade de trabalhadores, por exemplo, pode exercer uma força, um poder ou uma coação sobre outras coletividades ou, inclusive, sobre pessoas individuais, sem que isso represente a desnaturação do conceito de ação livre, tampouco desautoriza que os sujeitos individualizados pudessem pôr em prática os mesmos atos se o elo de categoria, por exemplo, não estivesse presente.

A substantividade ou a constitutividade das liberdades encerra um papel único, no processo de cidadania²⁷⁵ dos Estados Nacionais, e pode ser vista sob duplo aspecto: avaliativo e de eficácia. De acordo com o primeiro critério, o aumento da liberdade com o fim de “(...) fazer as coisas que são justamente valorizadas é (1) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa e (2) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa ter resultados valiosos”²⁷⁶. A segunda via considera que “ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento”²⁷⁷, ou seja, baseia-se na eficácia social do robustecimento das liberdades substantivas.

O conjunto de liberdades substantivas, já referenciadas em tópico anterior, concerne aos desígnios mínimos de que alguém precisa dispor para exercer outras áreas da vida. Ao proceder a uma leitura jurídica sobre o conceito de tais liberdades, chega-se a conclusão de que se referem aos direitos conhecidos como de primeira (civis e políticos) e, alguns, de segunda dimensão (sociais). A liberdade não se reduz à faceta civil prestacional. Sob o prisma dos direitos fundamentais à existência humana, há três dimensões de relevante análise ao tema: a dimensão protetora, participativa e promocional ou prestacional, sendo que “as duas primeiras justificam os direitos individuais, civis e políticos e a terceira os direitos econômicos, sociais e culturais e são o instrumento adequado para afrontar o tema da escassez e da satisfação das necessidades”²⁷⁸.

²⁷⁴ PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Tradução de Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.166-167.

²⁷⁵ A cidadania, assim como a liberdade e os direitos que as pressupõem, não é um fim em si mesma, mas também o meio para atingir o desenvolvimento.

²⁷⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.33.

²⁷⁷ Idem, p.33.

²⁷⁸ GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012, p.148.

A capitulação normativa, consubstanciada no princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil, é de que todos os direitos classificados como equivalentes à liberdade, de inspiração francesa, inseridos de forma simbólica na Declaração Universal dos Direitos do Homem, são tidos como constitutivos. Da mesma forma, os direitos referentes à alimentação e à educação básica, prestacionais²⁷⁹, são substantivos. Note-se que a prevalência da liberdade, nessa perspectiva, depende, intrinsecamente, de um processo dúplice: por um lado, o *status negativus* por parte do Estado, ao permitir a participação política e não interferir no direito de expressão e de pensamento dos nacionais, não impondo restrições injustificáveis; por outro, o *status positivus* traduz-se no fornecimento de uma justiciabilidade capaz de permitir física e biologicamente que o homem possa sobreviver e instrumentalizar o desenvolvimento individual e coletivo no agrupamento social que integra.

Do ponto de vista prestacional, relevante destacar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual enuncia um extenso catálogo de direitos, dentre os quais se inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a um nível de vida adequado, à participação na vida cultural da comunidade e outros²⁸⁰, ou seja, direitos que propiciam o desenvolvimento dos seus sujeitos titulares. A ideia das liberdades substantivas, sob o viés social, considera a condição humana como um fim e se dedica à ideia dos direitos sociais, econômicos e culturais, e não dos resultados econômicos em si²⁸¹. Porém, a distinção de Sen orienta-se no sentido de equilíbrio das liberdades básicas e prestigia a responsabilidade individual no desenvolvimento humano, além de se comprometer com o respeito à liberdade universal, de modo que busca o direito à nutrição voltada à sobrevivência, por assim dizer, sem que necessariamente isso tenha como consequência a abolição da propriedade privada para que todos possam se alimentar²⁸².

Ainda, na seara das liberdades constitutivas, Amartya Sen insere a figura do mecanismo de mercado e da participação na consecução da liberdade substantiva. A racionalidade argumentativo-teórico do economista, quanto à primeira, defende a tese da

²⁷⁹Os direitos de segunda dimensão estão intrinsecamente conectados com o princípio da igualdade e se manifestam como os direitos sociais, culturais e econômicos, os direitos coletivos ou de coletividade.

²⁸⁰PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.174-175.

²⁸¹TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos humanos e desenvolvimento: evolução e perspectiva do direito ao desenvolvimento como um direito humano. In: _____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. v. 2. p. 261-329, p.282.

²⁸²LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.124.

negação de oportunidades de transação constituir uma privação de liberdade, posto que “(...) há uma perda social quando se nega às pessoas o direito de interagir economicamente umas com as outras”²⁸³. Sobre o segundo tema, valoriza-se a tradição e a cultura, contudo, concebe-se primordialmente a questão da concessão de liberdade às pessoas para que possam escolher seguir ou não um estilo de vida tradicional no afã de escapar da pobreza e de índices reduzidos de longevidade. A capacidade de ser sujeito ativo nas decisões sobre o próprio modo de vida conduz a uma expressão jurídica de liberdade participativa que, embora seja peculiar dos sistemas democráticos²⁸⁴, deve ser exercida em modelos menos flexíveis, pois a sensibilidade cultural de um indivíduo humano não justifica “as tentativas de tolher a liberdade participativa com o pretexto de defender valores tradicionais (...)”²⁸⁵, dado que essa postura passa “ao largo da questão da legitimidade e da necessidade de as pessoas afetadas participarem da decisão do que elas desejam e do que estão certas ao aceitar”²⁸⁶.

As liberdades instrumentais, arroladas na teoria de Sen, por seu turno, não são *numerus clausus*, mas norte para a formulação de políticas públicas que pretendam empoderar os agentes e, simultaneamente, têm como efeito direto a complementação umas às outras (a teoria da decisão social não desvincula a correlação das espécies de liberdade, exatamente pela noção de que o conceito de liberdade necessita do diálogo entre variadas áreas da vida e por ele é reforçado).

A primeira tipologia são as liberdades políticas. Elas dizem respeito ao poder conferido às pessoas para determinar quem as governará e sob que princípios esse governo se substanciará. Além disso, incluem “(...) a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, de ter liberdade de expressão política e uma imprensa sem censura, de ter a liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos, etc”²⁸⁷. Não há uma restrição eminentemente relacionada ao sufrágio universal, e sim com as consequências diretas dele decorrentes. Identifica-se uma correspondência jurídica com os direitos civis e políticos, envolvidos por questões como nacionalidade, controle das autoridades e legitimidades parlamentar e executiva, principalmente, além de não-censura aos meios de comunicação que desempenham a função de difusão da informação e constituem o pilar do direito de opinião e de expressão do pensamento.

²⁸³SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.43.

²⁸⁴Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

²⁸⁵SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.50-51.

²⁸⁶Ibid., p.51.

²⁸⁷Ibid., p.58.

Em uma análise inicial, verifica-se que as liberdades políticas, para mais de constituírem um fim do desenvolvimento, funcionam, outrossim, como caminho para a sua efetivação. Ora, a capacidade social para eleger líderes e mantê-los, em questões de legitimidade, é mais do que uma premissa programática, consiste em verdadeira condição de suficiência para a liberdade do sujeito. O estímulo aos direitos civis e políticos significa mais do que instrumentos formais, previstos em documentos normativos de Constituição Política e Jurídica. A liberdade comentada afina-se mais com o sentido de uma real participação na vida política, cuja importância e prioridade, nos moldes atuais, está relegada às atividades ocasionais, com tom estritamente obrigacional. Aliás, essa é a crítica feita pelos republicanistas cívicos ao argumentar que a vida política atual tem se empobrecido em comparação com a cidadania ativa da antiga Grécia, na medida em que o debate político perdeu seu sentido primário e há déficit de acesso a uma verdadeira participação²⁸⁸.

Conforme o ângulo constitucional, a construção imediata da cidadania pelo caminho das liberdades políticas, no que toca à legitimação democrática, fortalece-se pelos direitos políticos positivos e negativos e pelos mecanismos institucionais de controle popular, tais como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular (previstos na ordem jurídica brasileira) e o *recall*. A fiscalização dos governos por uma imprensa atuante e sem ingerências, garantida pelo reconhecido direito fundamental à liberdade de pensamento, também é materialização de um meio instrumental para o desenvolvimento como liberdade.

Outra categoria descrita, nas liberdades instrumentais, são as *facilidades econômicas*. A preocupação e o foco de Amartya Sen, na questão dos mercados, e a possibilidade de titularidade material dos direitos econômicos são fatores de diferenciação teórica. Para ele, as facilidades econômicas “são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca”²⁸⁹ e podem ser decisivas, no leque de intitamentos econômicos das pessoas, dessarte, no pacote de bens e de serviços econômicos a serem adquiridos por uma pessoa doravante os vários canais legais a ela facultados e tidos, conclusivamente, como fatores diferenciais na consagração da liberdade.

Os mecanismos de mercado são elevados a um patamar diferenciado por permitirem a livre circulação de pessoas e de mercadorias, de modo que a participação ativa, nesses sistemas, permite o aumento da renda e desvia o indivíduo de situações profundas de miséria. E é justamente por isso que Sen ressalta o papel das políticas de microcrédito, na viabilidade

²⁸⁸KIMLICKA, Will; NORMAN, Wayne. El retorno del ciudadano - una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía. *Ágora*, N. 7, Lima, p. 5-42, 1997, p.14.

²⁸⁹SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.59.

das facilidades econômicas, que são manifestações, no campo da Economia das políticas públicas, que facilitam os direitos econômicos, tais quais: a previsão de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil (art. 173, inciso IX, da CFRB/1988), o apoio ao cooperativismo e a outras formas de associativismo (art. 174, §2º, da CFRB/1988). Nessa senda, os financiamentos públicos justificam uma interferência estatal para que se veicule o primeiro passo, no processo de desenvolvimento, referenciado pela responsabilidade individual e pela consciência de comprometimento com o melhoramento das condições de vida do agente.

As *oportunidades sociais* são a terceira espécie das liberdades instrumentais e expressam direitos socialmente estabelecidos que permitem não só uma melhor qualidade de vida e de subsistência mínima, mas contribuem diretamente para uma participação efetiva nas atividades econômicas e políticas. Assim, os direitos sociais à educação, à saúde, à previdência e ao trabalho são determinantes na participação política ou econômica, de tal maneira que “(...) o analfabetismo pode ser uma barreira formidável à participação em atividades econômicas que requeiram produção segundo especificações ou que exijam rigoroso controle de qualidade”²⁹⁰. Esses direitos, conquanto sejam historicamente reconhecidos como decorrentes de um Estado Provedor ou de um Bem-estar Social, são avaliados na visão instrumental, não como uma hipótese de dependência eterna dos cidadãos para com os governos, e sim como um impulso para a ação das capacidades do agente.

O entabulamento das oportunidades sociais reclama a instituição de estruturas mínimas, no campo da Administração Pública Nacional ou nos meios de cooperação, e ajuda internacional, e demanda, outrossim, garantias e padrões mínimos quanto a esses direitos. Há de se pontuar, também, outra questão: ainda que as relações entre particulares e Estado não cessem por razões naturais de dependência e vínculos mínimos, é, nesse sentido, que se presume uma emancipação, no quadro do desenvolvimento, ou melhor, no direito-poder de conduzir a própria vida para a direção que se tenha como adequada ao passo em que, concomitantemente a essa operacionalização, outras garantias são reforçadas.

Em quarto lugar, Amartya Sen cita as *garantias de transparência* como instrumentos de liberdade. Em um ambiente de interação social, é importante que haja a certeza de que as relações se constroem perante a égide de regras claras e confiança, simetria de informações, em uma formulação da Teoria da Escolha Racional, de John Nash, ou, em meandros mais jurídicos, do princípio da boa-fé objetiva. Para o autor, “as garantias de transparência,

²⁹⁰SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.59-60.

incluindo o direito à revelação, possuem uma finalidade “(...) instrumental como inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas”²⁹¹, tendo, assim, um princípio informador hialino, nas relações entre particulares e entre eles e o Estado, de probidade, de transparência e de impessoalidade, conforme insculpido no art. 37, caput, da CFRB/1988 e nos regramentos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992²⁹².

O apreço pela segurança jurídica e pela transparência objetiva, nas relações comerciais, situa as possibilidades econômicas transacionais das pessoas em *status* de maior consistência. Tomando por base o fato de que o decisionismo social pretende promover direitos econômicos como fatores de liberdade, o risco imanente, nas transações sociais, é diminuído quando o conjunto de regras é respeitado e há uma estável expectativa de correspondência moral nessas interações. Afora disso, a prevenção de males e de retrocessos sociais, a exemplo da corrupção, que é verdadeira privação ao agente, é controlável e monitorada pela liberdade política e pelas garantias sociais.

Por último, apresenta-se a *segurança protetora*. Refere-se a uma rede de segurança social que visa proteger aqueles que possivelmente sucumbam no caminho de aproximação do desenvolvimento. Com o escopo de evitar a fome, a miséria e, até mesmo, o óbito, a segurança protetora funciona como um sistema de proteção aos desamparados e às pessoas em situação imprevista, tanto do ponto de vista trabalhista, quanto de seguridade social, e inclui em seu bojo uma série de “benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas *ad hoc*, como distribuição de alimentos em crise de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda aos necessitados”²⁹³. A existência de um sistema previdenciário, de seguro-desemprego e de fundos trabalhistas devidamente organizados e alimentados por contribuições dos seus beneficiários (que só o farão mediante formalização e conscientização da natureza desse contrato de seguro) encerra uma rede com intuito protetivo, obstando que os que prosseguiram rumo ao alvo do desenvolvimento e da liberdade, sejam pelas vicissitudes traídos e retornem ao *status* anterior de privações.

Note-se que os estudos de Amartya Sen sugerem, basicamente, que as liberdades constitutivas e instrumentais, lidas juridicamente aqui como parâmetros iniciais de uma cidadania imediata e mediata, respectivamente, circulem em torno de direitos civis, políticos e

²⁹¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, 2010, p.60.

²⁹² Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

²⁹³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.60.

sociais. A preocupação em retirar as pessoas da linha da miséria, de forma que elas possam usufruir das oportunidades sociais disponíveis e sejam capacitadas para assumir seus papéis de sociabilidade plena passa, inexoravelmente, pela liberdade que, no mundo do trabalho, é vista com reservas em razão das condições de hipossuficiência e de desigualdade que envolvem as partes contratantes, porém é justamente nessa persecução da liberdade, nos moldes até então delineados, que se encontra a alternativa para a melhoria das condições de vida dos trabalhadores que possuem os direitos sociais mais básicos negados.

O encadeamento teórico de Amartya Sen vincula as variadas espécies de liberdade a uma convergência para o exercício de capacidades por uma perspectiva genérica com lastro econômico. O trabalho e a liberdade de seu exercício complementam, no sistema dos direitos fundamentais, o funcionamento liberal do exercício profissional que possibilite ao sujeito de direito obter seu sustento e acesso aos demais direitos sociais que porventura lhe permitirão decidir e exercer suas capacidades. Desse modo, tem-se a valorização do trabalho humano, os limites constitucionais à liberdade profissional e a previsão programática de enxergar juridicamente mais do que a superficialidade gramatical permite alcançar. O enfoque nas capacidades considera as estruturas sociais limitadoras das ações dos indivíduos e alarga a ideia de acesso à riqueza para uma visão mais holística de que os “(...) bens primários que deverá distribuir a sociedade são plurais e não únicos, e que não são comparáveis em termos de qualquer padrão quantitativo”²⁹⁴, pois isso variará de Estado a Estado.

É basilar, também, que se busque um fundamento moral para o comportamento internacionalizador da igualdade protetora das capacidades. Os sentimentos morais superam a noção eminentemente econômica da cidadania e das capacidades como efeitos consequenciais daquela, em especial, no âmbito das relações trabalhistas, tipicamente envolvidas pelo véu das oportunidades e vistas como agentes de transformações individuais e coletivas. A essa altura, pertinente a lição de Nussbaum, que, ao se debruçar sobre o aspecto moral da justiça das capacidades e lançar mão das percepções sobre o egoísmo em Hobbes, sobre a lei universal em Kant, sobre a vantagem mútua em Locke e Hume e sobre o véu da ignorância que insere a imparcialidade moral, nos fundamentos dos princípios políticos, considera a necessidade de estabilidade dos sentimentos a serem cultivados em uma sociedade. Para a filósofa estadunidense, há uma necessidade de transcendência dos pressupostos das teorias clássicas

²⁹⁴ NUSSBAUM, Martha C. **Las fronteras de la justicia** – consideraciones sobre la exclusión. Barcelona: Paidós, 2012, p.172.

acerca de sentimentos morais para uma fase de dedicação à simpatia e à benevolência ambas sustentadas na temporalidade²⁹⁵.

Analogicamente, a leitura contextualizada, ao mundo laboral subordinado, perpassa pelo reconhecimento dos graves problemas e dos desafios enfrentados por aqueles que desejam um ambiente transnacional e local menos agressivo, mais humanizado, frente às variadas formas de exploração humanas já fartamente demonstradas. A internalização, na cultura e na educação, de valores emocionais que repudiem a obliteração humana, no sistema de processo produtivo, expõem a importância da capacidade de indignação de encontro à perpetuação de modos semi-escravocratas de circulação de bens e de serviços. A valorização do trabalho, nessa ordem, deixa de ser um princípio de cunho programático para se revestir de uma fraternidade global, que considera a iniciativa privada e as liberdades econômicas e civis como vetores inegáveis do crescimento e do desenvolvimento dos povos sem que, para tanto, escamas de cegueira social reinem. Rever o costume da indiferença quanto à responsabilidade social dos produtos consumidos, assumir a participação individual nas pressões exercidas junto aos fabricantes, fornecedores e companhias que vilipendiam direitos mínimos são típicas ações culturais e educacionais direcionadas por argumentos de consciência ética, quiçá, mais ágeis e efetivos do que a espera por uma reação estatal.

A expansão dessa categoria (trabalhista) além das fronteiras nacionais coincide com a defesa dos objetivos da seção em curso. Uma estrutura global de capacidades, no âmbito do trabalho, atenderia aos propósitos fundamentais da OIT, previstos em seus diplomas básicos, informados por princípios corroboradores das políticas promotoras dos padrões internacionais. Nussbaum propõe dez princípios para esse arcabouço global, sendo três deles destacáveis ao tema em discussão²⁹⁶: a) a responsabilização da esfera doméstica, que, analogicamente ao *Core Labor Standards*, resulta no compromisso dos Estados-membros de fiscalizar severamente o cumprimento de tais regras, dotando a sua estrutura administrativa de capacidade de atuação e eliminando a certeza de impunidade diante dos ilícitos recorrentemente praticados; b) a responsabilização das empresas multinacionais de promoção das capacidades humanas, nas regiões em que operam, traduzível na responsabilidade moral de atuação com mão de obra estável e educada e com boas condições de trabalho; c) o planejamento do alicerce da ordem econômica global de tal modo que seja justa com os países pobres e em desenvolvimento, de modo que os acordos comerciais globais exijam a

²⁹⁵ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça** – deficiências, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p.499-501.

²⁹⁶ Ibid., p.388-398.

observância das cláusulas sociais quanto aos patamares mínimos trabalhistas, mas sem que isso implique retirada de postos de trabalho, nesses países, em consonância com os postulados da Constituição da OIT.

Por óbvio, cada Estado nacional deverá contribuir normativamente adaptando a sua legislação, no entanto, no cenário delineado, o cidadão é o maior protagonista. É no exercício das suas liberdades que poderá reforçar o combate às modalidades indignas de produção empresarial, pois apenas, na realização dos direitos insculpidos nas categorias substantivas e instrumentais, terá autonomia para transformar a opinião em ação (mesmo que não jurídica). O histórico do *Race to the Bottom* demonstra que a preocupação primária das companhias é com a satisfação e com as transações de seus clientes, situação que posiciona a relevância do ordenamento jurídico trabalhista como conhecemos em posição de menor destaque. O caso *Apple*, por exemplo, evidenciou o poder da informação e do *marketing* negativo junto aos consumidores e ao mercado de valores, que considera, atualmente, a governança corporativa das companhias que nesse setor efetuam operações cambiais.

A valorização do trabalho em uma leitura de revestimento do trabalhador de suas possibilidades presume duas interpretações: i) o conceito de valorização de trabalho não se sujeita à noção de emprego, mas engloba toda espécie de trabalho que tenha por finalidade produzir riqueza, dignidade e sustento ao indivíduo e, aqui, registra-se o deficitário tratamento dispensado aos micro e aos pequenos empreendedores e à situação de zona de grise dos trabalhadores subordinados, mediante a dependência econômica ou aos parassubordinados; ii) a emancipação econômica do trabalhador que, caso deseje, possa ter acesso às condições necessárias para empreender e trabalhar para si²⁹⁷.

O direito fundamental à liberdade profissional, por sua vez, deve observar a reserva legal de limitação estatal, configurando-se como um direito de *status libertatis negativus* quanto à escolha e ao exercício profissional. As justificativas de intervenção se dão por limites objetivos ou subjetivos defendidos pelo Estado. Leonardo Martins, ao tratar do critério de proporcionalidade e do direito fundamental em apreço, leciona que o texto constitucional (art. 5º, XIII, CRFB/1988) mesmo só referenciando o termo ‘qualificações profissionais’ abrange limites objetivos e subjetivos de ingresso ao titular do direito. Nos limites objetivos estão as cláusulas de necessidade, utilizadas para impedir o excesso de profissionais de determinado setor no mercado, que poderia gerar danos de naturezas variadas no consumo, na saúde pública e em outras áreas; a elevada exação tributária e as profissões subordinadas e

²⁹⁷ NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do Poder Econômico** – A liberdade revisitada. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.211.

monopolizadas pelo Estado. Em outra via, os limites subjetivos estão vinculados às qualificações do candidato para ingresso na profissão escolhida, a exemplo de exames de suficiência para o exercício de determinadas profissões e de fixação de critérios para o ingresso em cargos públicos²⁹⁸.

Atente-se que os papéis comissivo e omissivo do Estado possuem semelhante importância ao passo que desfrutam do condão de criação de condições das liberdades substantivas e negativas patentes promotoras de um ambiente de cidadania e particularizadas no aspecto da dogmática do direito constitucional precisar se abster de interferências indevidas a, por último, inviabilizar o acesso ao direito do trabalho e à liberdade profissional. Quando essa dúplice atuação se dá, de modo sereno e equilibrado, a proposta de um núcleo duro de cidadania, realizada por Amartya Sen, comprova-se viável.

A dificuldade em se definir com maior exatidão o que seriam os Paraísos Normativos é reduzida quando se adota um parâmetro de análise econômico-jurídica para a formulação do conceito. Determinado Estado pode ter uma legislação vasta e abundante quanto aos padrões trabalhistas, mas possuir um sistema fiscalizatório precário ou um sistema sindical capturado pelos empregadores. Precisamente, ainda que confrontada a questão perante a perspectiva internacional, esse mesmo Estado pode demonstrar um compromisso junto aos seus pares e aos seus órgãos permanentes laborais, porém não comprovar semelhante eficiência no que tange à eficácia jurídica interna dos documentos internacionais ratificados, a exemplo de Bangladesh, país asiático que homologou validade a sete dentre as oito convenções fundamentais da OIT e que, no entanto, ostenta uma das piores condições entre os países asiáticos, protagonizando até um dos maiores sinistros no ambiente de trabalho, já apontados anteriormente.

A questão não se perfaz meramente no campo da eficácia jurídica. Reclama uma análise de eficiência normativa (eficácia social), de modo que a defesa da liberdade proporcionada ao trabalhador é o limite de possibilidade da ação dos Estados e dos agentes econômicos. Tais liberdades, já devidamente esclarecidas, devem ser utilizadas como um índice de precisão para aferir se, em determinado território, o direito convencional e nacional se harmoniza com as realidades constatadas ou se funcionam como elementos meramente decorativos. Caso esse cenário se concretize, estar-se-á diante de um paraíso normativo, que pode ser definido como fruto de uma sistemática jurídico-laboral frágil, seja no âmbito da normatividade ou no âmbito da ação dos órgãos governamentais ou sindicais, ou ainda, fruto

²⁹⁸ MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional** – Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p.167-168.

da falta de ratificação do que se convencionou designar bloco de convencionalidade. A utilização dos parâmetros liberais fornecidos por Amartya Sen corrobora com um direito do trabalho moderno e que não se distancia das questões econômicas que lhe são afetas. Por isso se faz prudente aproximar determinados conceitos de mercado com a problemática trabalhista, no intuito de averiguar se há possibilidades de análise do desrespeito sistemático a direitos laborais como fato gerador mínimo de investigação pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência.

3.3 O TRABALHO DECENTE E O BLOCO DE CONVENCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DAS LIBERDADES DE AMARTYA SEN

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já no art.1º, lança uma mensagem de blindagem à autodeterminação dos povos, que podem estabelecer livremente a sua condição política e regular o desenvolvimento econômico, social e cultural. O simbolismo do enunciado prescritivo, em uma leitura superficial, faria concluir que, em nome da soberania estatal ou cultural, quaisquer formas de trabalho, operacionalizadas no âmbito dos espaços imantados pelo território nacional, seriam suficientes à concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Todavia, os direitos humanos, indivisíveis e históricos pela própria natureza, reclamam uma interpretação de natureza espiritual, de modo que a existência da sociedade nacional não se sustenta em um sentido estritamente paroquial. O ponto fulcral das sociedades modernas, que se inter-relacionam e migraram de um sistema simples para um funcionalmente avançado, reside no seu aspecto comunicativo, que ultrapassa os limites territoriais e cria uma complexidade social com múltiplas possibilidades de ações para uma mesma problemática. O cenário multifacetado e policêntrico desafia o Direito na sua função criadora e na sua capacidade de vincular os sujeitos às hipóteses que ele determina como possíveis e ataca a matricialidade cogente que antes “(...) asseguravam a operacionalidade e a funcionalidade do sistema jurídico, revelam-se agora ineficazes” e implicam o “(...) contínuo risco de frustrações na sociedade”²⁹⁹.

Aborda-se a respeito da crise dos direitos humanos ou, até, da crise do Direito e, ainda, dos poderes responsáveis pela distribuição de justiça. Para se configure o declínio é imperioso clarificar que, em alguma época, o objeto analisado, obrigatoriamente, teria que ter sido

²⁹⁹ SILVA, Lenara Giron da.; ROCHA, Leonel Severo. Aspectos relacionados à organização internacional do trabalho e a Organização Mundial do Comércio para efetividade dos direitos trabalhistas na globalização. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 14(27), p. 122.

categorizado, considerado o caráter ontológico e comparativo do termo. Não obstante, não se tem notícia de qualquer período de estabilidade qualitativa das regras jurídicas. A precariedade não circunda o conteúdo das normas jurídicas, e sim a sua aceitação, seja porque não foi realizada uma avaliação de utilidade e de eficiência dos processos de aplicabilidade normativa ou porque não foi realizada uma avaliação econômica (não em termos financeiros, mas de racionalidade quanto ao grau de erro). Assim, pode-se ter um rol extenso de direitos reconhecidos, mas com baixa eficiência e fadado ao fracasso quanto aos fins desejados e, nesse caso, tem-se uma ilusão de proteção dos direitos fundamentais, pois as regras de aplicabilidade plena ou diferida são rebaixadas à pseudonormatividade das normas programáticas, implodindo os mecanismos de realização do Direito, de suas regras e estruturas, pois “(...) uma ordem que tem como característica a impossibilidade de ser cumprida não será capaz de alterar comportamentos”³⁰⁰.

A congruência da ineficiência da dogmática estatal quanto à sua aplicabilidade e à sua capacidade de regular e de oferecer soluções para as problemáticas locais acopla-se à dificuldade de compreensão da própria estruturação das relações sociais em um tempo de ceticismo histórico do porvir. A descrença em tudo que se elegeu como messiânico no pós-guerra, direciona a humanidade a tempos de questionamentos quanto aos avanços e aos progressos que tanto se festeja. O temido maniqueísmo polarizador global entre dois métodos de condução da vida – o socialismo e o capitalismo – sucumbiu e a referência do caminho a se seguir aqui e acolá esbarra em muralhas, não mais divisoras de um mesmo povo, mas de interesses, que desdenham do poder político agora segmentado entre a estatalidade, a transnacionalidade, a supraestatalidade, a regionalidade, o privatismo híbrido e, até mesmo, o reerguimento de forças religiosas que desconstroem tudo o que se entende por civilidade. O efeito da quebra dos paradigmas das relações sociais proporcionadas, na pós-modernidade, apresenta-se diariamente: o fracasso dos métodos lineares de regulação deve-se fundamentalmente à morfologia difusa (quando não amorfa) dos problemas a eles apresentados.

Há uma multiplicidade de saídas para uma mesma casuística, o que não significa que os tempos são melhores. Qual solução oferecer para trabalhadores infantis que dedicam a sua vitalidade em minas de estanho no sudeste asiático, supervisionados por um parceiro terceirizado transnacional que transportará essa *commodity* para uma indústria chinesa, cujo produto final será montado por fases, em localidades distintas que variam entre Vietnã,

³⁰⁰ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução: Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.90.

Tailândia e China, e serão levados para centros de distribuição na América Latina? O que o direito positivo nacional e internacional e toda a sua pomposa teoria jurídica tem a dizer a tais pessoas que integram a engrenagem do capital financeiro, as mobilidades produtivas e trabalhistas que não se apegam à clássica soberania e que, por vezes, deparam-se em um limbo de regulamentação caso inseridas em situações de labor transfronteiriço? Em razão dessas agruras, presentes e mais próximas do que se imagina, que, dentre tantas opções de resposta, dois argumentos devem ser considerados. O mais substancial questiona o papel do Estado na sua função regulatória. As explosões de litigiosidade, o déficit de representatividade e de legitimidade democrática dos legisladores e o critério linear, o estanque, o dedutivo e o rígido do ordenamento estatal naufragam no mar de tentativas hierárquicas de soluções para questões que se provam escorregadias. Essa realidade, além de denunciar a frágil força reativa diante da profanação dos direitos humanos, induz ao segundo raciocínio. Esse diz respeito ao reconhecimento de instrumentos flexíveis e adaptáveis para uma complexidade imprevisível, dotados de uma normatividade renegada na cultura jurídica por não se sustentar perante uma suposta norma hipotética fundamental kelseniana ou um pressuposto de legalidade estrita, que “(...) tende a abandonar um padrão baseado nas certezas construídas dentro de um modelo racional de previsão (...)” e que dá vez a “(...) supressão da exclusividade estatal na regulação, dando espaço à estrutura de governança (...)”, tornando-o “diluído e descentralizado”³⁰¹.

O mundo do trabalho situa-se indelevelmente nesse desenho social. Presencia-se uma insuficiência da ação dos órgãos internacionais (que obtém informações parciais, dado que seus relatórios são confeccionados a partir dos dados fornecidos pelos Estados) e locais, que reclamam muito mais que um compromisso de aceitação do que seja viável e exequível em um lapso temporal do que uma tensão constante entre os atores.

Denota-se que as normas provenientes de agentes privados são recebidas com considerável (e até compreensível) desconfiança, em tempos atuais, quer pela ideologia e pela doutrina nelas automaticamente conduzidas, não obstante, no contexto descrito de mitigação da coercibilidade estatal, os atores privados e quase privados (órgãos internacionais de certificação, agências de classificação de risco, organismos privados de regulação de atividades e códigos de conduta empresarial) ganhem fôlego para criar um direito sem características peculiares e aptos a regular casos próprios, que não excluem ou tampouco

³⁰¹CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Contrato Coletivo de Trabalho Transnacional** – O direito global do trabalho e sua inserção na ordem jurídica brasileira. Curitiba: Juruá, 2014, p.33-34.

negam a ação do Estado, e sim a complementam e a integram³⁰². No nível de complementariedade, a crítica quanto ao direito positivo nacional e internacional permanece, de modo que a proposta a ser trabalhada não é de produtividade legislativa, mas de possibilidade de parametrização e de execução de um conjunto mínimo de padrões laborais que determinem objetivamente uma formulação de um conceito autoral de trabalho decente e, por conseguinte, de seu enquadramento na categoria de *Paraíso Normativo*. As possibilidades de tutela à ordem econômica, revestidas por um critério de homenagem ao trabalho decente, pela via da ação dos atores privados serão abordadas, em item próprio, restando, por ora, debruçar-se a respeito da eficiência das convenções da OIT quanto à sua aplicação, nos territórios dos Estados Nacionais, e à sua compatibilização com a defesa das liberdades entendidas como fundantes para o exercício da cidadania laboral.

Em tempos em que a negação dos direitos humanos convive parelha ao desejo de seu alcance, um de seus papéis é atuar como uma utopia silenciosa renovável à medida que novas formas de pensar o mundo, as tecnologias e os meios de interação correlatos surgem. O espeque de tal renovação universalista contínua reside nos fundamentos da liberdade, da igualdade e de uma teoria de justiça orientada por uma ordem retributiva (alternativa ao utilitarismo), isto é, a igualdade precisa ser o ponto de partida para a realização dos planos individuais³⁰³. Sendo um norte a ser atingido deve-se reconhecer que nunca será atingido, pois, por mais conquistas que se obtenha, novas concepções sobre direitos humanos surgirão e as constituições e os tratados internacionais – a menos que se adote um Estado e uma teoria absolutamente liberal de direitos humanos – serão sempre dirigentes. Isso, entretanto, não é nem deve ser um óbice à tentativa de implementação das condições mínimas já determinadas como cristalizadas em matéria trabalhista, representando somente que sempre estaremos em um estado de transição para um modelo superior que nunca chegará, ainda que se receba a pecha de céptico com essa afirmação.

É nesse aspecto de transitoriedade que se lança a defesa de um conjunto de direitos e de princípios a serem defendidos, na seara internacional trabalhista, mas que se interpenetram com o direito nacional, por intermédio do direito constitucional internacional. Veja-se que isso não significa que sempre se perseguirá a efetividade de mais direitos ou a sua renovação conceitual, afinal, a dinâmica social exige a adaptabilidade jurídica, ainda que tardia. De igual modo, a tentativa de se priorizar a exigibilidade de certos direitos, em razão de uma questão

³⁰²CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Contrato Coletivo de Trabalho Transnacional** – O direito global do trabalho e sua inserção na ordem jurídica brasileira. Curitiba: Juruá, 2014, p.49-50.

³⁰³BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.p.51-53.

de eficiência de política pública judiciária ou social, não retira a natureza de direitos humanos dos demais.

Nos termos já apontados, no capítulo anterior, a OIT elegeu oito convenções fundamentais, no âmbito de sua aplicação, e consagra a Declaração de Filadélfia, de 1944, anexo da Constituição daquele órgão, e a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998 como documentos base para a construção do restante do regramento convencional e de recomendações aos países membros. Os temas abordados nas três categorias de documentos denotam assuntos relacionados ao mundo laboral cuja essencialidade faz com que eles superem as fronteiras de qualquer discussão entre universalismo e relativismo e componham os eixos fundamentais de dignidade, independente da nacionalidade, de gênero ou de outras características individuais. Ao conjunto desses direitos e desses princípios trabalhistas, designar-se-á o bloco de convencionalidade a funcionar como uma espécie de termômetro do compromisso firmado pelos Estados-membros da OIT quanto aos direitos humanos fundamentais trabalhistas.

De início, uma distinção é necessária. O bloco de convencionalidade diferencia-se do controle de convencionalidade. O primeiro instituto possui natureza de aferição e de paradigma de dignidade promovido por direitos sociais mínimos no âmbito internacional, mas que interage e, por vezes, coincide com o direito positivo de alguns países e denota um critério de eleição, na comunidade internacional, do que seja minimamente aceitável como índice de criação legislativa no direito nacional. O controle de convencionalidade diz respeito ao ato de controle efetuado pelo magistrado nacional quanto à conformidade do direito interno para com o direito internacional, em particular quanto aos tratados internacionais que o Estado se obrigou a cumprir³⁰⁴. Tal obrigação pode decorrer de uma determinação da Constituição Nacional ou do direito internacional, sendo, nesse último caso, mediante a vedação de se alegar impedimento de cumprimento das obrigações do direito internacional em face de óbice originário do direito interno, da imperiosidade do Estado adequar o ordenamento jurídico ao direito internacional e, por último, da garantia do Estado de assegurar o compromisso dos direitos humanos³⁰⁵. No Brasil, o instituto foi acrescentado ao sistema de controle de compatibilização vertical dos atos normativos do Poder Público pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Com a alteração legislativa, o

³⁰⁴CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. **Revista DireitoGV**. 2013, vol.9, n.2, pp. 721-754, p.722-723.

³⁰⁵No âmbito da América Latina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já esclareceu e ressaltou a obrigação dos Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de realizar o controle de convencionalidade.

sistema constitucional brasileiro inseriu, por autorização do art. 5, §§ 2º e 3º da Constituição da República³⁰⁶, no âmbito do bloco de constitucionalidade, a possibilidade da produção normativa doméstica estar sujeita ao balizamento de tratados materiais (art. 5º, §2º) ou de materiais e formalmente constitucionais (§3º)³⁰⁷, seja por terem *status* de norma Constitucional ou por serem equivalentes às essas normas por terem processo legislativo qualificado das emendas constitucionais³⁰⁸. Agora, as leis e os atos do Poder Público não mais se sujeitam ao mero enquadramento de vigência e de validade proposto por Hans Kelsen, que defendia a coincidência de conceitos entre norma válida e vigente, mas a validade exige o requisito da limitação material vertical e de coerência³⁰⁹. Mesmo havendo a defesa da possibilidade do sistema de controle de convencionalidade entre tratados interacionais, na esfera secundária das Cortes Regionais ou na primária pelos juízes nacionais, a exemplo do Pacto de San Jose, da Costa Rica, e de outras Convenções sobre direitos humanos (caso Myrna Mack Chang vs Guatemala/set 2003)³¹⁰, o bloco de convencionalidade ora tratado restringe-se às Convenções fundamentais e aos demais regramentos delineados no âmbito da agência trabalhista permanente.

As oito Convenções Fundamentais da OIT consagram os fundamentos sobre os quais todo o direito do trabalho moderno se debruça. A justiça social é a bússola de atuação da OIT, de modo que as Convenções são discutidas, aprovadas sempre sob a luz desse fundamento (se o tema trabalhista não tiver esse enfoque, deve ser adotada uma Recomendação, conforme

³⁰⁶ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

³⁰⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 181, p. 113-139, 2009, p.114.

³⁰⁸ Até o presente momento apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, foram aprovados com quórum de emenda constitucional.

³⁰⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 181, p. 113-139, 2009, p.114.

³¹⁰ HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad - (adelantos y retrocesos). **Revista de Proceso**. Vol.242. Ano 40. São Paulo: RT, abril de 2005. p.481-519. p.482-485.

determina o artigo 19, §1º da Constituição da OIT³¹¹) e por essa razão apenas as Convenções são enquadradas no bloco de convencionalidade. A respeito do tema, leciona Cecato³¹²:

(...) Observe-se que não existem aí vantagens trabalhistas, mas apenas condições internacionalmente reconhecidas como parte de um código mínimo de direitos laborais. Este não concede benefícios, apenas busca impedir o atentado à dignidade do trabalhador.

A importância das Convenções de Base é muito maior do que possa parecer a uma primeira análise. Primeiro, porque existem muitos países que não garantem esses direitos, mesmo mínimos, tornando-se, assim, relevante que a OIT os isole na categoria de “direitos básicos” ou “direitos fundamentais”, significando que os considera indispensáveis. Segundo, porque tais direitos têm caráter obrigatório, independentemente da ratificação dos respectivos acordos. Estes são a tradução de alguns princípios presentes na própria Constituição da Organização e, portanto, todo país, ao se tornar membro, já está se obrigando a implementá-los.

Uma Convenção Internacional do Trabalho é um tratado multilateral, passível de ratificação e que não admite ressalvas, criados e discutidos na Conferência Internacional do Trabalho, sendo votadas e editadas pela representação tripartite (Estados-membros, empregadores e trabalhadores)³¹³. Ao lado das Recomendações e das Resoluções, as Convenções integram o chamado Código Internacional do Trabalho, sendo o instrumento normativo responsável pela uniformização e pela universalização de normas de justiça social no âmbito de tratamento internacional quanto a uma matéria trabalhista específica, após a aprovação pela Conferência Internacional do Trabalho³¹⁴.

Na teoria do Direito Internacional, vislumbra-se a teoria dualista e a monista, que divergem quanto à unidade e à validade dos tratados internacional na ordem jurídica interna, sendo a corrente monista a que tem ganhado um maior prestígio com o advento do direito internacional dos direitos humanos e o seu diálogo com o direito constitucional internacional, já referenciado como presente na Constituição da República. O processo de incorporação ao direito interno varia a depender do Estado, porém, há, indistintamente, uma fase externa que,

³¹¹ FERREIRA NETO, Francisco; CAVALCANTE, Jouberto. A Organização Internacional do Trabalho, seus diplomas normativos e uma reflexão sobre sua inserção na ordem jurídica brasileira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marcos Antônio César (coord); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo. **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual**. São Paulo: Atlas, 2015, p.145.

³¹² CECATO, Maria Aurea Baroni. O direito internacional do trabalho e seu principal órgão normativo. **Verba Juris (UFPB)**, João Pessoa, v. 1, n.1, p. 50-79, 2002, p.63.

³¹³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio. **Direito do Trabalho Doméstico**, 2a. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 68.

³¹⁴ FERREIRA NETO, Francisco; CAVALCANTE, Jouberto. A Organização Internacional do Trabalho, seus diplomas normativos e uma reflexão sobre sua inserção na ordem jurídica brasileira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marcos Antônio César (coord); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo. **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual**. São Paulo: Atlas, 2015, p.145.

na sistemática brasileira, inicia-se com a negociação e a assinatura da Convenção (fase externa), procedendo-se à aprovação congressional por meio de Decreto Legislativo (art. 49, I, CRFB/1988), que autoriza a ratificação (discricionária por força do art. 84, VIII, CRFB/1988) pelo Chefe de Estado (fase externa secundária) que, em caso positivo, dará início à vigência internacional da Convenção e à consequente responsabilização do Estado em caso de descumprimento. A quarta etapa (também interna) ocorre com a promulgação e a publicação do decreto presidencial e a geração dos efeitos na ordem interna e, após a sua formalização, há uma nova fase externa com o depósito do instrumento de ratificação e o registro na OIT³¹⁵.

O primeiro ponto de contato entre o Bloco de Convencionalidade e a teoria da liberdade de Amartya Sen diz respeito ao valor fundamental que orienta quase que em absoluto as Convenções Fundamentais: a liberdade. As Convenções 29 (Convenção sobre o trabalho forçado, de 1930), 87 (Convenção sobre liberdade sindical e proteção ao direito sindical, de 1948), 98 (Convenção sobre o direito de organização e de negociação coletiva, de 1949) e 105 (Convenção sobre a abolição do trabalho forçado, de 1957) são documentos explícitos quanto à aplicabilidade da liberdade nas relações trabalhistas, com as devidas adaptações.

As Convenções 29 e 105 tratam sobre a forma mais elementar da liberdade quanto ao sujeito – a liberdade de ir, vir e ficar – e à possibilidade de se fazer uma escolha entre qual emprego executar. O trabalho forçado atenta contra o mais primário dos direitos humanos (liberdade de trabalho) por se utilizar da coação e da negação de uma escolha espontânea do indivíduo. Porém, esse bem é tão caro que o conceito de trabalho forçado tem sido ampliado para situações, nas quais haja o consentimento do trabalhador e, posteriormente, ele se defronte com a falsidade das promessas, nas quais se viu induzido a acreditar para aceitar o trabalho, ficando impossibilitado de fugir dessa situação, inclusive, porque, por óbvio, não se ofereceria para vivenciar situação de escravidão explícita, caso tivesse ciência das circunstâncias e das condições de vida a que seria submetido³¹⁶.

A análise jurídica das liberdades substantivas desenhadas por Amartya Sen permite definir que os direitos civis e políticos são fundamentais para o processo de desenvolvimento

³¹⁵VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Eduardo Biachi. Hierarquia das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho na conformidade da Emenda Constitucional 45 de 2004. In: Wilson Ramos Filho. (Org.). **Constituição e Competência Material da Justiça do Trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Genesis, 2005, p. 77-98, p.87-88.

³¹⁶BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; KAMADA, Fabiana Lima. A Organização Internacional do Trabalho e o combate às novas formas de escravidão no Brasil. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marcos Antônio César (coord); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo. **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual**. São Paulo: Atlas, 2015, p.181-196, p.183.

de um Estado e do cidadão. Os critérios de avaliação e de eficácia da liberdade, enquanto fundamentos do seu aspecto constitutivo, são visíveis nos objetivos pretendidos pelo cumprimento de ambas as Convenções. O direito ao trabalho decente, social, em nome da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, não dispensa o exercício das liberdades fundamentais do trabalhador, isto é, não é concebível que um direito personalíssimo seja objeto de apropriação pelo detentor dos meios de produção. A máxima de que é melhor qualquer tipo de trabalho do que qualquer trabalho nem sempre subsiste, em especial, porque, ainda que alguém se depare com uma situação laboral que permita a sua sobrevivência alimentar e física, estar-se-ia diante de um quadro de inclusão injusta, a exemplo do trabalho forçado ou do trabalho infantil³¹⁷.

Uma particular referência merece destaque. Em 11 de junho de 2014, por ocasião da 103ª Conferência Internacional do Trabalho, aprovou-se Protocolo e Recomendação que atualizam a Convenção N. 29, de 1930 e se debruçou sobre discussão de futura Recomendação acerca da transição da economia informal para a economia formal. Aprovada por ampla maioria, o texto reforça o combate ao trabalho forçado, no contexto da obtenção das vantagens competitivas, ao afirmar, no seu preâmbulo do Protocolo, que a eliminação eficaz e sustentada do trabalho forçado ou obrigatório contribui para a garantia de uma concorrência leal entre os empregadores, assim como para a proteção dos trabalhadores e, no art. 4º, alínea j, da Recomendação, que reconhece a necessidade de abordagem e de responsabilização do tomador final das cadeias produtivas no processo produtivo quanto ao trabalho forçado³¹⁸. A atualização da Convenção n. 29 aponta para o reforço da fundamentalidade desse documento internacional e o compromisso de se reprimir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório na potencialização da eficiência competitiva. Uma análise mais cuidadosa leva ao entendimento de que a subtração da liberdade mais básica do indivíduo trabalhador não produz desenvolvimento nem mesmo no campo concorrencial, gerando uma distorção de competição à custa da coisificação do ser humano. Essa correlação entre trabalho forçado ou obrigatório, que caminha pela seara dos direitos civis básicos e pelas relações econômicas acaba por afetar os empregadores que optaram por cumprir a legislação.

³¹⁷SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar:** a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.35.

³¹⁸Art. 4º, alínea j: Ao cumprir as suas obrigações no âmbito da Convenção para suprimir o trabalho Forçada, os Membros deveriam orientar e apoiar os empregadores e empresas a fim de que adotem medidas eficazes para identificar, prevenir e mitigar os riscos do trabalho forçado ou obrigatório e informar sobre a maneira em que abordam esses riscos, nas suas operações, produtos ou serviços prestados com os quais podem estar diretamente relacionados.

Tomando por base o conceito vigente, no direito brasileiro de trabalho forçado, mais amplo³¹⁹ do que o esboçado pela Convenção da ONU sobre Escravatura, de 1926 (Decreto 58.563/1966), pela Convenção da ONU Suplementar sobre Abolição da Escravatura, de 1956, e pela própria Convenção 29, que considera jornadas exaustivas e degradantes como elemento do tipo penal, uma situação referenciada por essa noção mais ampla repercute diretamente no direito concorrencial:

O Governo do Brasil, subsidiado pelo MPT, demonstrou matematicamente que no setor de confecções, em que é comum trabalho em jornadas exaustivas (das 7h à meia noite, de segunda a sábado), sem oficialização de vínculo de emprego, sem direito de férias, com remuneração mensal de US\$ 150,00/200,00 por mês, o proprietário da oficina e a confecção que a contrata auferem uma vantagem mensal de ao menos US\$ 1.000,00. Em uma oficina com vinte trabalhadores assim explorados, é como se houvesse uma vantagem competitiva mensal de US\$ 20.000,00 em relação ao empresário cumpridor da legislação, inviabilizando a competição leal³²⁰.

Prosseguindo o debate sobre as liberdades substantivas, as Convenções 87 e 98 indicam que o valor-referência eleito pela OIT para as relações coletivas de trabalho, no direito de associação e sindicalização e na autonomia privada coletiva, prestigia o empoderamento dos grupos profissionais para a negociação de condições de trabalho adequadas às realidades das classes trabalhadoras e para a escolha de se filiar, desfilial ou manter-se filiado a uma entidade representativa de classe. O entendimento da OIT é que a ingerência estatal, nas relações privadas coletivas trabalhistas, vilipendia o exercício do direito de ser representado pela entidade sindical que o trabalhador, movido pela sua liberdade de consciência e decisão, repute como adequada e não aquela que por um critério meramente formal seja a titular de representação.

As Convenções nº 100 (igualdade de remuneração) e 111 (discriminação em emprego e profissão) visam proporcionar oportunidades para que os trabalhadores tenham condições de ser e fazer o que julgam. Em última instância, impedem que as demais formas de privação se

³¹⁹ Art. 149, Código Penal. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

³²⁰ MELO, Luiz Antônio Camargo de; BRASILIANO, Cristina Aparecida Ribeiro; MORENO, Jonas Ratier; FABRE, Luis Carlos Michele. O novo Direito do Trabalho: a era das cadeias produtivas – Uma análise do Protocolo adicional e da recomendação acessória à Convenção 29 da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**. v. 1, n.1, p.311-335, p.318-319.

operacionalizem sobre os trabalhadores, pelo mesmo motivo que impulsiona as relações trabalhistas: o grau da liberdade econômica. Tais Convenções têm como finalidade promover uma inclusão no acesso ao mercado de trabalho e a um patamar de remuneração que ponha os sujeitos no primeiro degrau da escada do desenvolvimento e os permita realizar transações de mercado, fato que se constitui um elemento de acesso e de exercício aos demais bens e serviços necessários e tidos como indispensáveis pelo trabalhador.

Quando se contextualiza o acesso aos mecanismos de mercado com o tema ora tratado, naturalmente surge um questionamento acerca das condições de vida e do trabalho em situações precárias. Defensores do pensamento liberal, sobretudo, afirmam que se forem universalizadas as condições de trabalho para os locais isso geraria um desemprego com efeito dominó, pois as empresas transnacionais não veriam vantagem econômica em manter unidades fabris em países mais pobres, dado que seria mais razoável mantê-las nos Estados de origem. Por essa razão, também, há uma resistência em se ampliar as garantias de condições de trabalho nos Paraísos Normativos. Indubitável que esse é o ponto de tensão entre os desafios de quem acredita e defende uma justiça social global, mas preza pela manutenção das liberdades individuais, liberdades econômicas e liberdades de propriedade e acredita que os ditos postulados podem e devem conviver harmonicamente por se configurarem como o lastro da civilização moderna.

O tema até desperta uma comoção internacional no sentido de se promoverem campanhas pelo boicote a produtos decorrentes de abuso praticado contra trabalhadores e até pelo fechamento de unidades de produção em países pobres. Ocorre que a mera preocupação com a eliminação dessa inclusão injusta não pode, de forma alguma, pressionar os empregadores a melhorarem as condições de trabalho dos seus operários, mas há a possibilidade de um efeito reverso, qual seja a absoluta exclusão, em face do desaparecimento dos postos de trabalho, gerando uma distorção, no mercado de trabalho, promovida por uma boa intenção. Por essa razão, as ações de melhoria devem considerar um processo gradual de aplicação das regras fundamentais internacionais (o que significa uma concentração da eficiência de sua aplicação no âmbito da estatalidade interna) e dos seus aspectos axiológicos como diretrizes para a confecção do direito nacional na luta por mais empregos e pela inclusão econômica³²¹.

Essa estratégia faz sentido também em relações que não vislumbrem especificamente um vínculo de subordinação hierárquica. Um caso emblemático que ilustra tal constatação diz

³²¹SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.36.

respeito à concessão de microcrédito às costureiras de Bangladesh, durante a fome que se abatia sobre aquele país na década de 70. O economista Muhammad Yunus procedeu a uma experiência sócio-econômica ao convencer o banco local a conceder microcrédito para costureiras, artesãos e pequenos comerciantes de aldeias próximas às universidades. O objetivo era criar um patamar mínimo de consumo que fosse capaz de operacionalizar projetos produtivos, cujo resultado foi exitoso e retirou milhares de pessoas da absoluta pobreza, além de ajudar outros pobres a se tornarem menos pobres³²² e ter reverberações no controle de natalidade e na diminuição dos índices de violência doméstica. A política social inclusiva deu origem à criação do Grameen Bank, referência mundial nos projetos de concessão de crédito a microempreendedores, corroborador da tese de que o acesso à participação na vida econômica e nas trocas voluntárias tem um papel fundamental no processo de concretização da liberdade das pessoas.

O equilíbrio dessa relação consiste em duas linhas de atuação: a primeira de ordem salarial e cambial; a segunda envolve a noção de ética econômica. O arcabouço normativo internacional trabalhista tem como alvo a universalização das condições de trabalho, que envolvem direitos de proteção relativos basicamente à liberdade dos indivíduos escolherem se querem, onde e como querem prestar o seu serviço, à saúde e à integridade física, à igualdade de oportunidades e à proibição de exploração dos trabalhadores em zona de vulnerabilidade e ao reconhecimento da negociação coletiva como instrumento de adequação setorial e de exercício da autonomia privada coletiva. As políticas econômicas e fiscais de cada Estado (muito embora seja possível a desvalorização deliberada da moeda para atração de investimentos externos, o dumping cambial) estão fora do campo de atuação da OIT, mesmo que haja um esforço declarado no sentido do melhoramento dos salários. Dito de outra forma, a melhoria de condições de trabalho não pode ser utilizada como argumento de competitividade econômica, nos termos do Preâmbulo da Constituição da OIT e do art. 5º da Declaração da OIT sobre os Princípios Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento (Conferência de Genebra, 1998). A simples instalação de fábricas, em países periféricos que possuem salários abaixo da média internacional, não implica, necessariamente, a prática de dumping social, pela impossibilidade de se impor uma linearidade econômica global, afinal, o conceito de igualdade almejado pelos direitos humanos e todo o discurso de acesso às

³²²RAPIS, CIBELE. **O microcrédito e o combate à pobreza**. 2007. 118p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, p.50-51.

oportunidades trata-se de uma isonomia proporcional, que considera as características culturais, peculiaridades histórico-econômicas.

Por outro lado, um aspecto correntemente esquecido diz respeito ao caráter ético da Economia, íncito à sua origem que se perdeu diante de uma abordagem estritamente matemática, logística e instrumental. A gênese econômica vinculada a uma questão ética se enraíza no modo como os homens devem buscar seus objetivos fundamentais, dentre eles, a riqueza, e lhes garanta uma vida que pareça boa. O divórcio dessa percepção fez com que a análise das relações sociais caísse em uma abstração econométrica que transformou o aspecto ético em um vetor acessório utilitarista subjacente. A busca de uma economia do bem-estar relaciona-se com a valorização individualista tradicional que se abriga em uma ação racional de consistência interna de escolha que considera a relação binária interna entre o que se tenta obter e como se busca esse resultado, somada à maximização do autointeresse, ou seja, a correspondência externa das escolhas feitas por alguém e pelo seu autointeresse³²³. A noção de que o autointeresse deva excluir absolutamente o restante do todo, em nome da maximização do bem estar-individual, não se sustenta como uma máxima universal, ainda que, de fato, as pessoas tendam (mas não sejam coagidas como uma premissa) a fazê-lo. Ademais, existem casos, como o da economia japonesa, em que o elemento ético desenvolveu papel relevante no reerguimento econômica daquela nação, no período pós-guerra, e que se mantém como um indicativo orientador de ação naquela cultura³²⁴. O efeito prático disso é a o distanciamento pragmático e útil de uma Economia do Bem, realizadora de um caráter mais abrangente, da vigente Economia do Bem-Estar, que vislumbra um interesse mais concreto e definido quanto ao sujeito.

No âmbito das liberdades instrumentais, a teorização de Sen pode ser transplantada para o microssistema trabalhista. As liberdades políticas e as garantias de transparência em termos laborais são perfeitamente aplicáveis no âmbito da constituição e da eleição das entidades coletivas que representam os trabalhadores frente aos empregadores e aos órgãos governamentais. Institutos sindicais, comissões de representação operária na empresa e demais categorias afins lidam com interesses e com direitos instrumentalizados por um sistema de eleição e de legitimidade. Os processos de gestão e de fiscalização dos entes coletivos devem ser assegurados mediante o estabelecimento de regras previamente estabelecidas, que resguardem a cooptação dessas associações representativas por aqueles que

³²³SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.28-38.

³²⁴Ibid., p.34.

deveriam a elas se opor (condutas antissindicais). As Convenções 87 e 98, em consonância com os princípios fundamentais da liberdade sindical e com o reconhecimento efetivo da negociação coletiva (Art.2.a, Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 1998, Art. I.b, Declaração de Filadélfia³²⁵), ao disporem sobre os parâmetros mínimos da liberdade sindical, o direito de organização e de negociação coletiva consagram tais liberdades. A intenção de manter uma blindagem de não ingerência e de possibilidade das categorias negociarem condições de trabalho peculiares só se efetiva em um ambiente de transparência e de exercício de direitos cívicos de sufrágio dos representantes das categorias.

As facilidades econômicas e as oportunidades sociais somente podem ser realizadas por meio dos subsídios estatais ou da inclusão social do trabalho. A primeira opção sobrecarrega as contas públicas e, caso escolhida como a saída, deve possuir caráter transitório com um programa claro de profissionalização técnica. Por outro lado, se as facilidades econômicas forem implementadas através do favorecimento das condições de mercado de trabalho, apenas com a isonomia de remuneração e sem a utilização de critérios discriminatórios (Convenção 111, art. 2.a. Declaração de 1998 e art. I-D, Declaração de Filadélfia, 1944³²⁶) configura-se, assim, uma trajetória significativamente mais viável em termos de garantias. As oportunidades sociais dizem respeito aos direitos mínimos sociais (trabalhistas, no caso em discussão) e a todo o bloco de convencionalidade por se tratarem de um grupo de direitos complementares que se direciona para a construção de um núcleo mínimo de subsistência, que, frise-se, não se resume a fixação de dependência dos benefícios estatais. O ponto de partida para o desempenho das capacidades do trabalhador se realiza se ele tiver a garantia de que seu labor não é uma mercadoria, de que não será excluído arbitrariamente das oportunidades de acesso ao trabalho, de que não será submetido a trabalhos forçados e penosos e mediante a certeza de estar em um ambiente de liberdade sindical onde a autonomia privada coletiva será respeitada, aliada a garantia de isonomia salarial (dadas certas circunstâncias) com poderes ampliativos dos seus horizontes de ação.

Em derradeiro, nas categorias das liberdades instrumentais, tem-se a segurança protetora como uma rede de seguridade social providente capaz de dar suporte aos que eventualmente sejam vítimas de fatos imprevisíveis que os coloque em uma situação de privação e capaz de impedir que atinjam o patamar de desenvolvimento. No mundo trabalhista, o principal fenômeno provocador dessa realidade reside nas ocorrências de

³²⁵Art. I-B: A liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto.

³²⁶A 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.

acidentes de trabalho, de doenças ocupacionais e profissionais no ambiente laboral, razão que justifica um olhar mais cuidadoso para a saúde e a segurança do trabalhador do ponto de vista legislativo. Aliás, a proteção à integridade física e psíquica se eleva como a preservação da existência e da sobrevivência da pessoa que, se não tiver tal certeza, não poderá usufruir das demais liberdades, direitos e projetos de que é destinatário.

A preocupação dos organismos internacionais com a proteção ao trabalho e à saúde tem sido substancial no afã de evitar a ocorrência de desastres industriais (originados, em regra, no ambiente de trabalho) e de problemas futuros, a exemplo do caso Shell-Basf e do caso Bhopal, na Índia³²⁷. Por essa razão, ainda que a República Brasileira tenha participado de diversas Convenções e Conferências relacionadas com o meio ambiente do trabalho, os documentos mais relevantes são as Convenções e Recomendações da OIT, cuja finalidade é a fixação e a manutenção de *standards* mínimos de padrões trabalhistas com relação dialógica com a segurança e a saúde no trabalho (apesar de integrarem o conjunto de normas de direito ambiental aplicáveis ao mundo do trabalho)³²⁸.

Não obstante haja vasta previsão, nas searas internacional e doméstica, acerca da tutela do meio ambiente de trabalho, corriqueiramente, noticiam-se casos de acidentes de trabalho, seja em decorrência de negligência no que tange às regras e aos procedimentos de segurança e de saúde, seja pela desídia dos trabalhadores na observância dos protocolos preventivos ou, ainda, pela ineficiência no exercício do dever de vigilância dos empregadores nessas atividades. Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), 6.300 pessoas morrem diariamente, em razão de acidentes de trabalho ou de doenças ocupacionais/profissionais, totalizando cerca de 2.3 milhões de trabalhadores em óbito por ano, em um universo de 317 milhões de acidentes de trabalho, representando um custo de,

³²⁷Trata-se do maior acidente industrial registrado no mundo do trabalho. Em dezembro de 1984, em Bhopal (Índia) ocorreu um vazamento de 40 toneladas do gás metil isocianato, decorrência de uma reação química em uma planta industrial. Os efeitos foram nefastos: logo após o acidente, mais de 3.000 pessoas faleceram, estima-se que, aproximadamente, 25.000 faleceram por conta da exposição com o gás, mais de 500.000 sofreram algum tipo de lesão corporal e sequelas e, até hoje, registram-se níveis de contaminação ambiental e problemas genéticos nas gerações que sucederam os sujeitos contaminados. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Safety and Health in the use of Chemicals at Work**. Turin: ILO, 2013, p.14.

³²⁸Destacam-se, sobre o meio ambiente de trabalho, a Convenção Nº 115 (Proteção contra Radiações), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 7 de abril de 1964, a Convenção Nº 136 (Proteção contra os riscos de intoxicação pelo Benzeno), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 76, de 19 de novembro de 1992, a Convenção Nº 139 (Prevenção e Controle de Riscos Profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 3, de 7 de maio de 1990, a Convenção Nº 148 (Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 56, de 9 de outubro de 1981, a Convenção Nº 155 (Segurança e Saúde dos Trabalhadores), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17 de março de 1992, a Convenção Nº 162 (Utilização de Amianto com segurança), aprovada pelo Decreto Legislativo N. 51, de 25 de setembro de 1989, a Convenção Nº 170 (Segurança no Trabalho com Produtos Químicos), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 67, de 4 de maio de 1995, e a Convenção Nº 174 (Prevenção de Acidentes Industriais Maiores), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 246, de 28 de junho de 2001.

aproximadamente, 4% do Produto Interno Bruto Mundial com absenteísmo, tratamentos de saúde, suporte previdenciário, mortes, etc³²⁹.

Dentre as regras e os princípios do bloco de constitucionalidade não se encontram nenhuma Convenção Fundamental que diga respeito ao meio ambiente de trabalho salubre e seguro. Ora, se a defesa dos bens jurídicos abraçados pelo bloco de Convencionalidade diz respeito ao que se considera como inegociável e desejável, na concretização dos valores sociais fundamentais, é incompreensível a dissintonia da OIT no sentido de não estabelecer nenhuma das suas convenções que tratem de meio ambiente de trabalho como integrantes das basilares. O diálogo e a intersecção entre as regras do direito ambiental e do direito do trabalho, mais que uma demonstração de unicidade encadeada dos fundamentos do Direito, complementam-se conceitualmente, no sentido de conferir a maior amplitude semântica possível ao termo meio ambiente, de modo a abarcar as categorias do ambiente natural, do artificial, do cultural e do trabalho³³⁰. O meio ambiente do trabalho compila tanto o local de trabalho (artificial ou construído) quanto o ambiente natural³³¹ e é possível defini-lo como um espaço físico onde são desenvolvidas atividades profissionais produtivas sujeitas a agentes químicos, físicos, biológicos, mecânicos, ergonômicos que, mediante associação ou isoladamente, “podem desencadear reações biopsicofisiológicas e sociais com repercussões na saúde, na integridade física e na qualidade de vida do trabalhador”³³². A Lei n. 6.931, de 31 de agosto de 1981, em seu artigo 3º, inciso I, definiu como meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Imperioso se torna alertar a respeito de dois aspectos relevantes nessa discussão que refletem o princípio norteador de abertura normativa do meio ambiente para cingir a totalidade dos destinatários considerando a legislação nacional como exemplo (art. 225, *caput*, Constituição da República de 1988). Primeiramente, ressalte-se que a definição de trabalhador aqui não se restringe exclusivamente à relação de emprego, mas a maior plexo de possibilidades relacionais de labor, atividades remuneradas ou não, celetistas, autônomos, servidores públicos³³³, empregados terceirizados, estagiários ou quaisquer pessoas que prestem algum tipo de serviço, mas que estejam inseridos no contexto desse ambiente de

³²⁹ ILO, 2014. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em 24 de maio de 2014.

³³⁰ SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Ambiental**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.20.

³³¹ FERNANDES, Fábio. **Meio Ambiente geral e Meio Ambiente do Trabalho**: uma visão sistêmica. São Paulo: LTr, 2009, p.33.

³³² GONÇALVES, Edwar Abreu. **Segurança e Saúde no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, p.23.

³³³ MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5ed. São Paulo: LTr, 2013, p.29.

trabalho. Em segundo lugar, expresse-se que a definição de meio ambiente de trabalho engloba “o local de trabalho, os instrumentos de trabalho, o modo da execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou tomador de serviço e pelos próprios colegas de trabalho”³³⁴.

Outra ponderação diz respeito à natureza jurídica do meio ambiente de trabalho e do bem ambiental no Direito Laboral. A distinção é imprescindível por repercutir no enquadramento geracional ou dimensional do direito humano correspondente e nas normas aplicáveis aos casos concretos, notadamente em relação aos órgãos competentes para a sua elaboração. A origem do meio ambiente de trabalho adequado, seguro e salubre tem fundamento no interesse difuso, no típico direito ao meio ambiente equilibrado, voltado genericamente para o trabalhador cidadão. Observe-se que não se trata de direito humano intrínseco ao direito do trabalho e à sua formalização, mas de ordem coletiva, difusa, com um foco sanitário preventivo e protetor³³⁵ e, por essa mesma razão, não se restringe aos regramentos previstos no Estatuto Celetista ou nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego. Antes, distintamente do Direito do Trabalho, cuja competência legislativa é privativa da União (art. 22, inciso I, CRFB/1988), as normas de Direito Ambiental do Trabalho estão definidas como de competência concorrente entre todos os entes federados (art. 24, incisos VI, VIII e XII, CFRB/1988) e a obrigatoriedade de cuidado da saúde e do meio ambiente é comum entre os entes (art. 23, II e VI).

A proteção à vida do trabalhador, no meio ambiente de trabalho, é um direito individual seu, coletivo de sua categoria e difuso como espécie de direito humano, por sua infringência atingir a todos pulverizadamente, revelando-se como interesse metaindividual, com supedâneo principiológico na fraternidade, sem excluir a igualdade informadora do direito social ao trabalho e à liberdade que sustenta a vida do trabalhador. Por esse motivo afirmam-se que os interesses difusos são, primariamente, pertencentes ao meio ambiente e às relações consumeristas, “[...], mas nada impede que um direito individual relativo à vida, à liberdade, assim como um social pertinente à educação ou saúde, por exemplo, venha a se manifestar difusamente”³³⁶.

O direito a um ambiente de trabalho adequado, visto como um direito humano detém um fundamento filosófico – a dignidade humana – na Declaração Universal dos Direitos da

³³⁴MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5ed. São Paulo: LTr, 2013, p.29.

³³⁵FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e saúde dos trabalhadores**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.239.

³³⁶CHAMBERLAIN, Marise M. Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação. LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coordenador). **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004, p.37-52, p.46.

Pessoa Humana (1948). A própria Declaração, embora de ordem programática não cogente, garante a segurança pessoal (Art. III) e as condições justas e favoráveis de emprego (Art. XXIII, item 1). Seguindo o mesmo espírito, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, no seu artigo 7º, alínea b, consigna o reconhecimento pelos Estados Partes do direito de toda pessoa gozar de condições assecuratórias de segurança e de higiene no trabalho. Cabe registrar a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de Estocolmo (1972), que ratifica o ser humano como elemento central do desenvolvimento sustentável. Considerados os argumentos esposados à luz dos direitos humanos, não se vislumbra, por conseguinte, uma motivação que justifique o desprestígio da saúde e da segurança no meio ambiente de trabalho e a sua correlação lógica com a segurança protetora.

O dumping social, embora, à primeira vista, aparentemente, apresente como resultado direto a geração de riquezas e o incremento das relações comerciais, atua como verdadeiro entrave ao desenvolvimento, haja vista a teoria do desenvolvimento como liberdade entender que um modelo ideal tem que estar relacionado com a melhoria de vida e das liberdades desfrutadas. Imagine-se, portanto, que ele se mantenha em um mesmo ambiente de liberdades substantivas, mas, como verdade, finde por impossibilitar que o agente (trabalhador), apesar de prestar serviço subordinado, oneroso e pessoal, seja capaz de exercer a sua condição e o prive do exercício das liberdades instrumentais, notadamente as liberdades políticas, das facilidades econômicas, das oportunidades sociais, das garantias de transparência e da segurança protetora³³⁷. Essa conduta reiterada impede o processo de ampliação das escolhas dos trabalhadores para que eles tenham a capacidade e a oportunidade de ser aquilo que desejam ser no âmbito do leque multiplexo que a vida, o mercado e a sociabilidade lhes oferece, posto serem espoliados na sua força de trabalho e nos direitos mais básicos de proteção por intermédio da apropriação.

A proposta encetada pela teoria desenvolvimentista de Amartya Sen, aplicada ao bloco de convencionalidade, reúne dois elementos que aparentam ser excludentes: liberdade de mercado e Estado capaz de oferecer e assegurar uma economia social de mercado, sob a égide da eficiência, mas, ao mesmo tempo, combatendo abusos de poder econômico. Aproxima-se e possui alguns pontos de contato com o modelo alemão de mercado denominado ordoliberalismo.

³³⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.54-57.

Com origem na década de 1930, em Freiburg, situado como uma terceira via entre um sistema socialista e outro puramente capitalista, o ordoliberalismo tem nos economistas e nos juristas alemães seus maiores defensores³³⁸. Esses optaram pela fuga da polarização maniqueísta entre estatistas e liberais clássicos para aderirem a um modelo de correção das imperfeições de mercado no afã da manutenção de um ambiente saudável de concorrência. O ideal econômico ordoliberal influenciou diversos governantes alemães e assumiu a existência de falhas concorrenciais que atuam contra os fundamentos da economia de mercado e que repercutem negativamente junto aos consumidores, tais quais os monopólios e os oligopólios. Para que o modelo responsável pela ascendência e pela recuperação econômica alemã funcionasse, o objetivo real era criar uma ordem ou um ordenamento na economia (*Ordnung der Wirtschaft*) a permitir um crescimento econômico robusto, focado na derrubada do controle dos preços e na restauração de uma economia de livre mercado sem privilégios ou distorções, prestigiando liberdades econômicas, com intervenção típica do Estado que assentisse no empoderamento cidadão dos alemães, em especial, na melhoria das condições de vida e na prosperidade.

A eleição de uma economia de mercado convive perfeitamente com um moderado poder regulatório estatal, propiciando um Estado de Bem-Estar que tem como primado pressupostos liberais. Os ordoliberais identificam o estado capitalista como forte e que intervém na concorrência para assegurar as condições sociais e ideológicas de uma economia de mercado³³⁹. Rotulados pelos socialistas como neoliberais e pelos liberais de pseudo-socialistas, essa corrente de crescimento econômico responsável por considerável parcela da prosperidade alemã, no período pós-guerra, compreende que a economia de mercado deve ser interpretada como uma economia social de mercado cujo beneficiário maior seja o sujeito, mas não pela via da proletarianização dos grupos sociais ou da segmentação de pensamento promotora de um maniqueísmo de opressor e oprimido. A proposta germânica é de ressignificação foucaultiana de biopoder, cuja adequação particular designa-se *Vitalpolitik* (uma política de vida), para inserir o espírito empresarial, a noção de propriedade privada e os mecanismos de preços livres no mercado³⁴⁰.

A ideia empresarial aplica-se até nas relações empregatícias, por meio de um rearranjo da mentalidade fabril de exploração para um modelo laboral que considere o trabalhador

³³⁸ Destacaram-se na formulação teórica do ordoliberalismo Wilhelm Röpke, Walter Eucken, Franz Böhm, Hans Großmann-Doerth, Alfred Müller-Armack e Alexander Rüstow.

³³⁹ BONEFELD, Werner. Freedom and the Strong State: on German ordoliberalism. **New Political Economy**. 2012, p. 633-656, p. 633.

³⁴⁰ Ibid., p.634.

como um empreendedor social que negocia a sua força de trabalho, somente operacionalizável com a garantia estatal das estruturas sociais e éticas assecuratórias da difusão do valor *empreendedorismo* no tecido comum da sociedade alemã. Justamente na interdependência entre a liberdade de mercado orientada pela criação de uma ordem social justa, que a autoridade política que concede espaço e estimula a iniciativa privada de negociação garantindo um ambiente de coesão sistêmica a expor que uma perspectiva de liberdade e de desenvolvimento é, não apenas plausível, como recomendável.

Defender uma unidade normativa trabalhista, a exemplo do bloco de convencionalidade, presume um compromisso com o efetivo respeito e um compromisso com a base fundamental da axiologia trabalhista, que, para ser consistente, deve se distanciar da pecha meramente normatizante para se alinhar com o que pode ser feito frente aos desafios impostos pela realidade. Assim, simultaneamente, os bens jurídicos mais caros e urgentes, do mundo do trabalho, estariam resguardados pela estatalidade, enquanto que os demais institutos e particularidades ficariam a cabo de negociações setoriais/sindicais. Para que isso ocorra é fundamental a defesa e a ação de um Estado realmente consolidado nas suas funções judiciais e fiscalizatórias, em matéria trabalhista, expondo-se às consequências de se recair em uma desregulamentação sem sentido, ao reverso, em que padece o excesso legislativo sem cumprimento real daquilo que regula. Aliás, esse – o parco compromisso com os padrões trabalhistas pela via da omissão dos órgãos de inspeção – é um dos fundamentos da existência dos paraísos normativos, proponente da ilusão programática da proteção e que fere com a realidade da ausência de ação.

O Estado de bem-estar social não implica, diretamente, um catálogo extensivo de direitos sociais concretizáveis irremediavelmente pelas políticas públicas de custeio público. A Alemanha deu demonstrações de que os índices de qualidade de vida e de desenvolvimento humano em patamares superiores podem ser alcançados pelo protagonismo dos próprios agentes destinatários dessa promessa constitucional e internacional, desvencilhando-se do rebaixamento da personalidade operária às dependências de subsídios governamentais. Eliminar os temores separatistas dos trabalhadores, da liberdade e do mercado é a política social mais próxima da saída de um gatilho de miséria e de pobreza, de modo que ter o pleno emprego³⁴¹, por exemplo, como uma pretensão virtuosa se encerra em uma falácia

³⁴¹O conteúdo axiológico do princípio do pleno emprego, previsto no art. 170, inciso VIII, da Constituição da República, é aqui utilizado não no sentido absoluto de um trabalho permanentemente disponível. É, no dizer de Silveira Neto e Potiguara, um princípio assinalador do papel do Estado como interventor no campo econômico, “(...) para promover o uso equilibrado das forças produtivas, para que as partes envolvidas nesse processo possam, tanto quanto possível – isso porque dificilmente os trabalhadores terão os mesmos poderes dos

constitucional mutiladora dos genes empreendedores que uma massa de prestadores de serviços poderiam dispor. É no impulso à produção, ao crescimento, à livre concorrência, à facilitação negocial e empreendedora que os níveis salariais são elevados e se tem um real Estado social. As provisões assistenciais, nesse pensamento, perdem seu poder transformador e viciante para serem meras excepcionalidades oriundas de eventos imprevisíveis da vida.

A exigência de se ter um Estado forte, entretanto, necessita de contextualização. A referência aqui mencionada distancia-se da coerção autoritária ou anti-democrática. A hercúlea defesa da liberdade em matéria que oferece resistências históricas – o Direito do Trabalho – não se coaduna com elementos atentatórios àquela. Fazer tal observação em apartado é necessário porque é possível a existência de um Estado forte, capaz de intervir e de exercer poder regulatório, sem que esse desfrute de valores democráticos. Portanto, a liberdade, vista pelo espectro dos direitos humanos, e o Estado, pela teoria política, precisam ser orientados, necessariamente, por um sistema constitucional de Direito que limite, nos termos mais clássicos possíveis, a ação invasiva e abusiva estatal no monitoramento da democracia e o empreendedorismo incutidos nas relações privadas.

A democracia deve ser entendida para além de um sistema de governo, orientadora das relações sociais, e, dentro do cenário ora desenhado, condicionada pelos direitos sociais e econômicos. A tentativa de separação entre os direitos de liberdade e os sociais e econômicos não tem espaço, na teoria contemporânea dos direitos humanos, em face da interdependência existente entre as categorias, ou seja, a garantia dos direitos das liberdades civis e políticas demandam provisões públicas e os direitos sociais e econômicos também são de titularidade individual³⁴². É, no balanceamento entre os grupos das liberdades e dos direitos sociais e econômicos, que se sustenta a estabilidade da democracia política, cujo propósito é manter a parcimônia na ingerência das relações privadas e propiciar o desenvolvimento dos genes de autogoverno (e não um necessário controle do governo) regente também das relações trabalhistas no âmbito individual e coletivo.

A repercussão prática dessa associação entre democracia, liberdade e direitos sociais na construção do raciocínio aqui em curso limita-se à difusão dos princípios democráticos na construção de um direito do trabalho estatal e privado, com a participação efetiva de todos os agentes destinatários dessa produção normativa, com o prestígio primário das regras oriundas

empregadores – escolher livremente aquilo que mais atende aos seus interesses.” SILVEIRA NETO, Otacílio Silveira.; POTIGUARA, Telma Meira Silveira . A intervenção do Estado no domínio econômico e a busca do pleno emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 20, p. 17-30, 2014, p.26.

³⁴²ARAT, Zehra F. **Democracy and human rights in developing countries**. Lincoln: iUniverse, 2003, p.4

da autonomia privada coletiva. Daí porque se inviabiliza a relação entre um Estado corporativista e a liberdade negocial, sendo até possível a existência de regimes formalmente democráticos e uma legislação estritamente estatal, mas somente em um ambiente de pura democracia se promoverá a liberdade como eixo de equilíbrio entre capital e trabalho, por ser nessa modelagem onde se manifestam as convergências de vontades com o mínimo de impedimento externo.

Delimitadas as perspectivas internacionais do dumping social, resta agora analisá-lo no âmbito do ordenamento concorrencial brasileiro. A dupla análise tem sua relevância por colocar em foco as distintas abordagens dadas ao assunto no âmbito internacional, comunitário e local, notadamente quanto à sua definição e à impossibilidade de sua apreciação pelo sistema de defesa da concorrência. Daí ser necessário adentrar nas bases teóricas do direito da concorrência e na possível compatibilização com as práticas relacionadas ao mundo do trabalho. É do que se ocupa a próxima seção.

4 ORDEM ECONÔMICA E DUMPING SOCIAL: POSSIBILIDADES DE ANÁLISE PELO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A atividade econômica, enquanto parcela da ação humana, é objeto de regulação e de regulamentação pelo Direito. A visão isolacionista da Economia, desprovida de uma noção ética mercantil e produtiva, como um sistema que se ocupa meramente de transações voluntárias orientadas pela alocação de recursos em um ambiente de escassez sem a preocupação das consequências possivelmente acarretáveis não se sustenta na pós-modernidade. A princípio porque as transações envolvem interesses concretos, porém distribuídos em uma virtualidade e uma volatilidade patrimonial até então desconhecidas, para além dos tradicionalmente tidos como locais ou regionais, com um desenho institucional em sede mundial e supranacional. Refere-se ao advento dos agentes transnacionais com todas as suas peculiaridades e as suas influências sobre regimes políticos, capazes de determinar objetivamente a conformação jurídica, cultural e de convivência de grupos sociais. Segundamente, a ideia de vontade contratual deve ser vista consoante o ângulo da ausência de vícios sociais, somada a ponderação dos critérios de desigualdade econômica que criam um desnível real, superado por uma distinção de tratamento jurídico ao hipossuficiente. Por essa razão, as cláusulas seculares de rigidez negocial, e.g. *pacta sunt servanda*, são atualmente temperadas por parâmetros de contextualização e de adaptação às circunstâncias econômicas das partes, e.g. *rebus sic stantibus*.

No novo modelo, formatado desde o século XIX, o Mercado Global funciona como um sistema de múltiplas funções. Norbert Reich, ao abordar a relação entre mercado e direito, a contar da visão das ciências sociais, defende que aquela funciona como constituinte de um processo de socialização, em razão dos valores de uso serem transformados em valores de troca, atendendo e sendo responsável por grande parte das necessidades individuais, coletivas e estatais. Esse resultado é obtido pela prática de uma função regulatória do capital e do trabalho, da função de crescimento e de desenvolvimento, que incentivam o progresso tecnológico, a distribuição e a repartição de renda e o nível de estabilidade dos preços e da inflação³⁴³. O mercado pressupõe uma atuação reflexiva de subsistemas interdependentes: o mercado de trabalho, o mercado de capitais e o mercado de bens de consumo. Mesmo vistos em uma linha cartesiana, para o tema em análise essas subdivisões interagem de maneira mais

³⁴³REICH, Norbert. **Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económico em la República Federal Alemana)**. Barcelona: Ariel Derecho, 1985, p.25.

intensa por tangenciarem uma área que entrelaça o sujeito trabalhador, o produto e o serviço, o comércio e o sujeito consumidor.

Sucede que a ideia da definição de mercado como um fenômeno eminentemente privado é incompatível com o papel assumido pelo Estado e pelo Direito de interventor, nas varias áreas da vida humana, a ponto de existir um modelo capitalismo de Estado, bem como um direito econômico, empresarial, financeiro, concorrencial e serem feitas análises econômicas sobre o Direito. Esse reconhecimento de que há uma ordem econômica internacional e nacional foi objeto do fenômeno da constitucionalização do Direito³⁴⁴, na sua perspectiva de filtragem ou de absorção constitucional do direito ordinário, disponibilizando regras econômicas àqueles que estão inseridos nos processos de mercados. Há, portanto, no sistema constitucional uma constituição econômica que não se devota unicamente aos institutos financeiros ou à atividade econômica, e sim dialoga com a ordem social que lhe informa e engendra mecanismos de intervenção estatal, no mercado, por meio das políticas econômicas, aliado ao reflexo do caráter pluralista, heterogêneo e expansivo das pretensões constitucionais para todas as relações sociais³⁴⁵.

A finalidade da Constituição Econômica é erigir um arcabouço jurídico, inserido no âmbito da Constituição Política, que constitua uma ponte de transição entre Direito, Economia e Política, e detenha sentido se analisado, exclusivamente, em conjunto com toda a organização do Estado, conferindo-lhe legitimidade de ação e de organização no aspecto econômico. O modelo privatista por si só não foi suficiente para suprir as demandas escaladas pela histórica decadência social provocada, dentre tantas outras razões, pela inacessibilidade aos bens econômicos. Os motivos contribuintes para essa situação objeto dos mais indignados discursos sobre a desigualdade mundial são dos mais diversos, contudo por mais paradoxal que isso possa parecer, segundo o ângulo econômico, tanto o excesso de atividade estatal quanto sua ausência em demasia são funcionalmente corresponsáveis pela utopicidade dos direitos sociais e econômicos. Deve-se considerar que a proteção e a tutela como política de inflação legislativa pode, a princípio estar em uma indumentária de boas intenções e no dever de resguardo pelos mais frágeis, porém, conjuntamente, é inolvidável que não há direitos sem

³⁴⁴Sobre a Constitucionalização do Direito, Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A constitucionalização do direito das relações privadas e a aplicabilidade das normas constitucionais: um diálogo necessário. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. (Org.). **Anais do XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito** - Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. 56ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 20, p. 11495-11508.

³⁴⁵BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 16, p. 562-588, 2011, p.571.

obrigações (pela mesma razão, não se vislumbra regra sem sanção) e quanto aos direitos econômicos e sociais essas obrigações recaem naturalmente aos agentes privados.

Observe-se o caso brasileiro: concomitantemente ao exercício de liberdades econômicas temperadas e diminuídas pela sanha por tributos e por encargos sociais, os atores econômicos (empregadores, nesse caso) são os responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais, em um ambiente precário de negociação e envolvido por superestruturas de exercício de poder leviatânicas insculpidas em um modelo federalista reverso. Se a proteção excessiva asfixia e desestimula a livre iniciativa e a propriedade – indispensável ao andamento da carruagem da própria vida em sociedade –, a indiferença proativa do Estado, sonho libertário, não é a inscrição no livro da vida celestial. É nessa mediania aristotélica entre a livre iniciativa e a função social da propriedade (a ser retomada adiante) que se enquadra a Ordem Econômica e Financeira da Constituição da República, no seu art. 170, na medida em que os princípios ali positivados molduram e direcionam a Constituição Econômica para uma atividade econômica de mercado liberal, passível de limitação apenas pela lei, condutora do bem-estar social e não apenas para um lucro empresarial desprovido dos valores mais caros à própria história do constitucionalismo³⁴⁶.

A teoria geral do Estado e as Revoluções Burguesas são frutos da constatação de que o acesso às oportunidades deve conviver com uma limitação da atividade estatal na vida privada e a boa convivência dessas duas vertentes desemboca, conjunturalmente, no dever prestacional permissivo a todos terem a chance de subir no primeiro degrau da escada do desenvolvimento pessoal com a prudência dos sujeitos encarregados dessa função intervirem com o mínimo de ingerência possível. Impossível cogitar qualquer possibilidade de se realizar um projeto de vida pessoal sem as liberdades políticas e econômicas e, por isso mesmo, advoga-se pela indivisibilidade dos direitos humanos (ou fundamentais), na arena pública ou na privada, horizontal e vertical, bem como na dimensão objetiva e na subjetiva.

O marco inicial da elevação da vida econômica ao quilate constitucional coincide com o mesmo termo do constitucionalismo social, inaugurado pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar, de 1919. A correspondência de documentos não é à toa. Os direitos sociais, nos termos já exaustivamente demonstrados em seções pretéritas, estão vinculados aos ideais de paz e de justiça universal, conferindo dignidade aos seus titulares e oportunizando o exercício dos direitos econômicos. Ainda em 1919, o art. 151 da Constituição de Weimar, que inaugurava o capítulo “Da vida econômica” (*Das*

³⁴⁶SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa:** teoria da empresa e direito societário. São Paulo: Atlas, 2007, p.80-81.

Wirtschaftsleben), assegurava que a vida econômica era pautada pela justiça e pela existência digna, unicamente, concebendo-se, assim, a aquiescência ao direito de propriedade, à liberdade contratual e à herança se imantados pelo dirigismo social da vida digna³⁴⁷. Desde então, a contrário *sensu* do pensamento liberal predominante, todo o regramento do direito econômico atravessa o rio da dignidade, da igualdade e do mínimo existencial, corroborando com a constituição econômica para a fundamentação da viabilidade dos direitos sociais trabalhistas (que lhe conferem sustentáculo recíproco). Uma premissa dedutiva desse fato social da história do Direito autoriza a afirmação de que toda a ordem econômica-constitucional é obrigatoriamente dialógica com a valorização do trabalho humano, a qual repercute não meramente no crescimento econômico calculado com base na junção da riqueza criada em um determinado espaço, todavia na construção do conceito de desenvolvimento social sustentável que dispensa, inclusive, a função meramente especulativa do mercado³⁴⁸.

O nível de importância dos assuntos econômicos, diante do espaço normativo estatal, não se resumiu ao constitucionalismo nacional. Remete a uma tendência que se incorporou às demais constituições nacionais – que deixaram de ser documentos mínimos de organização do Estado e inauguraram um constitucionalismo social – e que, posteriormente, alcançaram a ordem econômica internacional, dotada de parca regulamentação, no primeiro quarto do século XIX. Impulsionada pela percepção da cidadania global, a proteção aos direitos humanos (até mesmo, econômicos) pode ser vista através do fenômeno da sua internacionalização e do nascimento de uma relação de interdependência entre o constitucionalismo e o direito internacional dos direitos humanos, formulando-se um espaço híbrido de permissividade da jurisdição protetiva internacional no âmbito nacional, o chamado Direito Constitucional Internacional. Não concerne especificamente à criação de uma superposição de instância judiciais (com a criação de Cortes Internacionais e Regionais) ou à prevalência de regras transnacionais de direitos humanos, antes de “(...) um direito de aplicação subsidiária”, que se respalda na “(...) interpenetração das normas constitucionais – ambiência natural dos direitos fundamentais – e das regras internacionais de proteção dos direitos humanos”³⁴⁹, materializado, no caso brasileiro, pelo art. 5º, §2º da Constituição da República de 1988.

³⁴⁷BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, v. 102, p. 457-467, 2007, p.458.

³⁴⁸SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.722.

³⁴⁹SPIELMAN, Carlos André. O Direito Constitucional Internacional e o Ativismo Judicial Transnacional. ANDRADE, André (Org.). **Constitucionalização do Direito – A Constituição como locus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.135

Diante do panorama delineado, indubitável que há uma ordem econômica internacional e local que carrega direitos econômicos, com uma diretriz social e mantenedora dos direitos sociais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no art. 17, consagra o direito à propriedade e à sua proteção e, posteriormente, no art. 22, garante o direito à segurança social, bem como prevê a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, sustentado no esforço nacional e na cooperação internacional, harmônica com a organização e os recursos de cada país. A sistematização dos direitos e das liberdades preconizadas pela Declaração apenas é factível caso haja a primazia de uma ordem social e internacional capaz de efetivar os direitos nela conferidos. Daí ser plenamente aferível que a ordem adjudicada pela Declaração Universal é uma ordem solidarizante, manifestada na seara internacional e nacional, de estética espiral, e sendo objeto de uma fusão entre o direito social, a atividade econômica e o direito econômico e que, na zona de grise entre esses direitos e a atividade, há princípios e regras que se traduzem em um critério de balanceamento para o alcance da salubridade do desenvolvimento.

Partindo das premissas expostas, a presente seção sinaliza no sentido de estabelecer a contribuição do direito internacional do trabalho, dos instrumentos tradicionalmente não normativos situados no âmbito empresarial para a efetivação do direito à concorrência sadia, na esfera nacional e internacional, com enfoque particular na dupla acepção do dumping social.

4.1 ASPECTOS ECONÔMICOS DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO CONTEXTO DOS CUSTOS E DOS MERCADOS

Concluída a relação entre o bloco de convencionalidade e as liberdades lógicas dali decorrentes, resta necessário enfrentar uma segunda comunicação existente no âmbito da ordem econômica e financeira: aquela que coloca em conexão os institutos do direito concorrencial e as relações trabalhistas. A presente seção cuida de fazer a análise dos fundamentos da concorrência salubre e do processo de regulação da atividade econômica referente a esse tema, no âmbito do direito brasileiro, tendo como marco inicial a principiologia constitucional que se derrama para o direito econômico ordinário. Para tanto, estabelece os limites conceituais de abordagem quanto ao alcance da expressão relações trabalhistas para, posteriormente, conhecer quais os pressupostos adotados pelo Direito Brasileiro na definição de condutas anticoncorrenciais e em que medida a formação de custos pode determinar o enquadramento legal.

A Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de Dezembro de 2004, dentre as diversas modificações promovidas no Poder Judiciário Brasileiro, conferiu nova redação ao art. 114 da Constituição da República Federativa do Brasil, estipulando que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (inciso I) e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei (inciso IX). A significação teórica da mudança posiciona-se na diferenciação entre relação de trabalho e relação de emprego como manifestação de gênero e espécie, respectivamente, posto que toda relação jurídica com vínculo de retribuição (art. 594 do Código Civil) é trabalhista, mas unicamente aquelas sujeitas aos desígnios da pessoalidade, da não-eventualidade, da onerosidade e, principalmente, da subordinação jurídica são consideradas de natureza empregatícia³⁵⁰.

A diferença fundamental situa-se no poder de comando, na interferência na forma como o trabalho é prestado, tendo os pontos de distinção origem no direito romano, na presença das figuras da *locatio operarum* e da *locatio operis*. Na primeira “contrata-se a *operae*, isto é, o trabalho, a atividade humana, enquanto na *locatio operis* o contrato recai sobre o resultado do trabalho humano, sobre a obra, o *opus*, portanto”³⁵¹. Assim, a adoção da teoria da subordinação jurídica como elemento determinante da relação de emprego, consubstanciada no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, entende que o empregado está efetivamente subordinado juridicamente ao empregador, por ficção legal, seja executando ou aguardando serviços por ele determinados ou apenas à sua disposição³⁵², enquanto que outras relações de trabalho não contemplam a referida subordinação, a exemplo do trabalho autônomo, regido pelas disposições do Código Civil, ou da parasubordinação, presente na legislação e na doutrina espanhola e italiana.

³⁵⁰ Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de ; SOUSA, G. G. B. As práticas trabalhistas no setor da construção civil: um estudo de caso na perspectiva da análise econômica do Direito. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). **Direito e Economia I** - (RE)Pensando o Direito: Desafios para a Construção de Novos Paradigmas. 1ed.Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 403-432.

³⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.575.

³⁵² Súmula nº 366 do Tribunal Superior do Trabalho - CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (nova redação) - Res. 197/2015 - DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015 - Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc).

Segundo um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, entre 2003 e 2012, nas seis maiores regiões metropolitanas (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre) houve um aumento de 24% da população ocupada (de 18,5 para 23 milhões), sendo que, no mesmo período, o crescimento do emprego com carteira assinada, no setor privado, atingiu 53,6%, de 7,3 para 11,3 milhões³⁵³. Isso significa que o número de empregados aumentou, tanto na perspectiva da formalização do emprego, quanto no aumento dos postos de trabalho. A representatividade dos dados, em cenário nacional, aponta que, em 2011, havia 92,466 milhões de trabalhadores no país, sendo que apenas 61,7% deles correspondiam a pessoas ocupadas na população em idade ativa³⁵⁴. Desse universo, de acordo com a Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílio, de 2011, 61,3% são empregados, 21,2% trabalham por conta própria, 7,1% são trabalhadores domésticos e 3,4% são empregadores³⁵⁵, resultando na conclusão no sentido da relação básica entre empregados e empregadores compor a maior parte da força de capital e trabalho, com potência suficiente para influenciar o mercado consumidor, a circulação de moeda e, por reflexo, a Ordem Econômica. A formalização da força de trabalho tem como consequência imediata uma série de encargos para o empregador, os quais se transmutam, ao final da cadeia de arrecadação, em investimentos e em custeio do Estado. É verdade que a carga tributária e os custos remuneratórios trabalhistas são elevados e sucedem a redução da competitividade de alguns produtos nacionais ou, na esfera do mercado interno, daqueles que cumprem rigorosamente com as obrigações legais.

Embora relações de trabalho signifiquem circulação de riqueza e contribuam para a dinâmica do comércio, não se dedica o Direito do Trabalho a elas, por escaparem do seu campo de incidência, razão pela qual, ao se falar em relação de trabalho, no texto em curso, deve se ler, a modalidade *stricto sensu*, ou seja, relação de emprego, considerada como o vínculo existente entre empregado e empregador, pactuada por intermédio de uma das espécies de contrato de trabalho, o contrato de emprego, disciplinado nos artigos 442 a 456 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Essa relação contratual tem seus elementos de validade extraídos da teoria geral dos negócios jurídicos do direito civil, inclusive, quanto à autonomia da vontade deflagrada com incidência reduzida no acertamento dos termos das negociações das cláusulas laborais em face das particularidades históricas e principiológicas tutelares desse

³⁵³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Mensal de Emprego – Evolução do emprego com carteira de trabalho assinada 2003-2012**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013, p.2.

³⁵⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios – Síntese de indicadores 2011**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p.59.

³⁵⁵ Ibid., p.62.

ramo jurídico. Além disso, o contrato individual de trabalho (leia-se emprego) tem por finalidade estabelecer, em termos de ajuste de vontades, os limites de negociação da própria energia e vitalidade do trabalhador, que disponibiliza a execução do serviço em troca de uma contraprestação financeira. O contrato de trabalho produz efeitos para o empregador e o trabalhador, nos aspectos de saúde e de circulação de riquezas, atributos das relações trabalhistas. Portanto, dada a importância do contrato de trabalho para a funcionalidade da ordem social e econômica, sobre ele recai a exigência de atendimento à sua função social – limite positivo da liberdade de contratar -, abraçado pela Constituição da República, atrelado à função social da propriedade, e pelo Código Civil de 2002 (art. 421). A função social do contrato de emprego condiciona a sua validade e a sua produção de efeitos à harmonização dos interesses da coletividade, mediante a afirmação do seu desenvolvimento, otimizando a solidariedade constitucional e impedindo a formalização de vínculos que causem danos às partes, aos terceiros e à ordem social³⁵⁶. Nessa categoria é que estão enquadrados os empregados, na acepção mais técnica da locução e a eles é que se dedica o estudo em andamento.

Seguindo o mesmo critério, necessário conhecer alguns conceitos de Economia aplicáveis ao presente objeto de estudo. De início, ainda que já se tenha tangenciado o aspecto ético econômico e do desenvolvimento, a análise sobre a forma como os fenômenos econômicos ocorrem se dá sob uma visão positivista e normativa. Estar a par dessa realidade, além de não subtrair o aspecto utópico da consecução da vida econômica, fornece uma metodologia de análise da realidade que afasta o senso comum e as suas respectivas paixões ideológicas. Contribui, também, com uma rigorosa visão sistemática e científica dos fenômenos econômicos capaz de dar o suporte necessário ao progresso desejado por todas as nações sem perder a relevância da compreensão do conhecimento obtido, isto é, com as cautelas de não se beirar o irrealismo estritamente dogmático da vida.

A Economia interage com o Direito independentemente de como se organiza política e ideologicamente determinado Estado. Esse encontro de dois mundos da vida não exclui o objeto econômico – a escassez de recursos para as satisfações das necessidades humanas – tampouco a necessidade de se estabelecer algum patamar de regramento das atividades humanas nesse ambiente de insuficiência. O desafio lançado na convivência de ambos é se atingir um grau elevado de otimização dos recursos, tornando cada escolha a mais eficiente e

³⁵⁶CHIARADA, Janaína Elias. Função social do contrato individual de trabalho. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.307-336, p.325-326.

melhor possível dentre as restrições que a vida econômica e os recursos impõem com a eleição de valores considerados fundamentais para a convivência em sociedade, sem os quais não faria sentido se manter a realidade social. A introdução do conceito de justiça, nas relações econômicas, existe independentemente de como se encare a (auto) regulação dos mercados. Se para os liberais clássicos, a justiça social se concretiza na contribuição de cada um para, de acordo com seu nível de produtividade, habilidade e esforço, a produção dos bens e serviços, os bens procurados no mercado e a assistência aos desvalidos e incapacitados, a socialdemocracia e os seus desdobramentos à esquerda advogam pela intervenção estatal na economia para agir em prol dos desfavorecidos³⁵⁷.

O estudo da correlação entre o Direito e a Economia pode ser observado em duas fases distintas. A primeira é a observada em autores clássicos do pensamento econômico, tais como Adam Smith, que observou os possíveis efeitos econômicos provocados pela legislação mercantilista, utilizando, para isso, de uma abordagem essencialmente quantitativa. Posteriormente a Smith, têm-se os trabalhos de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e James Mill, teóricos do Utilitarismo, doutrina cuja ideia principal parte do conceito de utilidade, que, nesse contexto, pode ser definida como “o nível de felicidade ou satisfação que alguém obtém de suas condições”³⁵⁸. Para ilustrar a ideia de utilidade, tome-se como base o exemplo de uma pessoa que está diante dos produtos A e B e deseja comprá-los, porém suas limitações financeiras permitem que ele compre apenas um. Para ser capaz de maximizar sua utilidade, a pessoa deverá agir racionalmente e escolher o produto que lhe oferece maior satisfação quando adquirido. Portanto, a utilidade funciona como parâmetro para medir o bem-estar e deve figurar como o principal objetivo das ações, sejam elas públicas ou privadas, pois, segundo os utilitaristas, as ações públicas, para serem adequadas, devem funcionar de forma a maximizar a utilidade e a felicidade para todos os membros da sociedade, devendo ser esse o principal objetivo do governo, que, através do poder normativo e coercitivo, pode decidir o que e como fazer para atingir as suas finalidades³⁵⁹.

A segunda fase, por sua vez, é relativamente recente e tem como principal característica o exame das leis que regulam as atividades não mercadológicas (justiça, direito de propriedade, direito à privacidade, etc.) através das categorias econômicas, momento no

³⁵⁷ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3.ed. Almedina: Coimbra, 2012, p.55.

³⁵⁸ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning Edições, 2006, p.437.

³⁵⁹ LUCENA FILHO, Humberto Lima de ; SOUSA, G. G. B. As práticas trabalhistas no setor da construção civil: um estudo de caso na perspectiva da análise econômica do Direito. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). **Direito e Economia I** - (RE)Pensando o Direito: Desafios para a Construção de Novos Paradigmas. 1ed.Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 403-432.

qual surge a gênese do *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito – AED)³⁶⁰. A AED, nesse período, possui alguns conceitos fundamentais para a sua compreensão, quais sejam a maximização, o equilíbrio, a eficiência e as externalidades. A maximização consiste em optar pela melhor alternativa disponível ante as restrições existentes. No exemplo dado anteriormente, caso o consumidor tenha optado pelo produto que mais o satisfaz e dentro do que seu orçamento permite, pode-se afirmar que a utilidade foi maximizada. No tocante ao equilíbrio, pode ser conceituado como “um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas”³⁶¹. Diz-se que o mercado está em equilíbrio quando a oferta e a demanda encontram um ponto de equilíbrio e permanecem estáveis e a alteração dessa situação só ocorre por meio de fatores diversos. É que ocorre, v.g., quando o preço do pão aumenta devido a uma grande seca que atingiu os produtores de trigo. Nesse caso, o que ocorreu a diminuição da oferta da matéria-prima, tornando-a mais cara e, conseqüentemente, o preço do pão – que é o produto final – refletirá esse desequilíbrio.

A eficiência, por sua vez, é um instituto que tem diferentes acepções, sendo a eficiência alocativa (ou de Pareto), largamente utilizada, e se traduzindo na afirmação de que aquela pode ser alcançada quando não é possível que alguém aumente o seu bem-estar sem diminuir o de outra pessoa. Vê-se que esses três conceitos se entrelaçam e se inter-relacionam, nas vias econômicas, e as transcendem por intermédio da AED. Por fim, têm-se as externalidades, que são ações de um consumidor ou de um produtor que tem influência sobre terceiros, mas que não são levadas em consideração no preço de mercado. As externalidades podem ser negativas, quando geram custos externos, ou positivas, as quais geram benefícios externos. Um exemplo de externalidade negativa é o custo externo gerado por uma empresa de produtos químicos que, constantemente, polui o meio ambiente. O valor negativo que sua prática traz para a sociedade é superior ao preço dos seus produtos. Externalidades são falhas de mercado e se caracterizam por serem fatores impeditivos da existência de um mercado plenamente competitivo, evidenciando um erro e, sendo assim, devem ser combatidas. Os

³⁶⁰ A Análise Econômica do Direito (AED) é um método de apreciação da Ciência Jurídica e interpretação das normas que utiliza instrumentos e categorias da Economia, tais como externalidade, escassez e eficiência, para explicar o Direito e resolver demandas judiciais. A AED não apenas trata da relação entre normas legais e o pensamento econômico, mas vai além à medida que combina a teoria econômica, que é analítica e baseada em modelos matemáticos, com normas legais. Dessa maneira, a Economia oferece uma base científica para avaliar os efeitos das normas jurídicas sobre o comportamento e os valores sociais, assim como as políticas públicas, visto que a economia é capaz de prever os possíveis efeitos delas na sociedade, para, assim, concluir se elas são eficientes ou não. A relevância dessa avaliação está no fato de que é melhor atingir os resultados esperados a um custo menor do que a um custo mais alto. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.26

³⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36.

principais precursores dessa vertente foram Guido Calabresi e Ronald Coase. Este último, ao analisar a relação entre alocação de recursos e responsabilidade civil, percebeu que muitos juízes ingleses tomavam suas decisões em consonância com uma observação sob a ótica econômica do problema de forma instintiva. A partir de então, o tema despertou o interesse de inúmeros pesquisadores e muitos dos quais se tornaram juízes federais e fizeram uso da AED em seus pareceres e em seus julgados, a exemplo do ministro Stephen Breyer, do juiz Frank Easterbrook, e de Richard A. Posner³⁶².

Apesar da raiz clássica, a Análise Econômica do Direito tal como se concebe atualmente, teve como berço a Universidade de Chicago, tendo como principais precursores Aron Director, Guido Calabresi, Richard Posner e Ronald Coase, sendo este o autor da obra considerada como marco inicial do movimento denominado *Law & Economics*, que abordou a problemática dos efeitos externos causados pelas atividades econômicas, pelas externalidades, bem como teceu críticas às formas encontradas pelo Estado para reprimi-las e tentou apresentar soluções, na esfera privada, para manter o equilíbrio entre a demanda e o custo social da mercadoria. Sua crítica se traduz no Teorema de Coase explicado, sucintamente, como a capacidade que os próprios agentes econômicos privados têm de solucionar eventuais externalidades negativas entre si, sem que seja necessária a intervenção do Estado, uma vez que as partes envolvidas podem chegar voluntariamente a um acordo cujo resultado seja mais vantajoso para todos e sem que haja uma alocação onerosa de recursos³⁶³.

No campo propriamente jurídico, a busca pela eficiência funciona como horizonte ético para o aplicador do Direito, que, ao buscar a maximização da riqueza a partir da elaboração e interpretação normativa, acabará por – ainda que indiretamente – garantir

³⁶²Durante sua carreira, o professor estadunidense desenvolveu um trabalho que o colocou como um dos mais influentes autores da Escola de Chicago, com obras consideradas fundamentais para a compreensão da AED, entre as quais “Economic Analysis of Law”, “The Economics of Justice” e “The Problems of Jurisprudence”. Na obra “The Economics of Justice” tratou de esclarecer que a AED não se restringe ao exame da capacidade das normas jurídicas serem economicamente úteis, e, para tanto, abordou temas como justiça, direito à privacidade, discriminação racial, etc., de tal modo que, partindo de pressupostos como a eficiência e a maximização da riqueza através de escolhas racionais, redefiniu conceitos tipicamente jurídicos como justiça e equidade, pois, segundo ele, o Direito “deve tratar equitativamente aqueles que estejam na mesma posição em todos os aspectos importantes que a envolvam” (POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução: Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 89), porque, a partir de uma perspectiva econômica do Direito, tratar os iguais com equidade é agir racionalmente.

³⁶³Por utilizar categorias econômicas como *externalidade*, *escassez* e *eficiência* para a efetivação do Direito, a AED é, constantemente, alvo de críticas, seja pela inclinação ao utilitarismo, seja pela valorização da riqueza ou mesmo pela correlação que se faz entre justiça e eficiência. Objeções à parte é inegável o sucesso que essa nova perspectiva de interpretação jurídica alcançou. Basta observar como o movimento do *Law & Economics* desenvolveu-se a passos largos, nas universidades americanas e europeias, e vem construindo um legado de sucesso desde então e, mesmo em países de tradição *civil law*, como o Brasil, em que o pós-positivismo jurídico é marcado pela ascensão da escola neoconstitucionalista, são crescentes os estudos embasados em uma hermenêutica que utiliza o nexos entre a economia e o Direito para dar um sentido útil à aplicação da norma, não o transformando em mera letra morta e ineficiente.

direitos e impor sanções às condutas negativas, através de institutos como, por exemplo, a responsabilidade civil baseada na presunção de risco, na medida em que a norma de responsabilidade civil objetiva tem a finalidade de criar incentivos eficientes para que os agentes tomem determinadas precauções e da sua desobediência decorre a internalização dos custos por parte do autor do dano e não da vítima em si. Para melhor visualizar os incentivos à precaução e à internalização de custos, basta imaginar que A seja trabalhador de uma empresa de construção civil e trabalhe com material explosivo para implosão de prédios, o que exige uma série de medidas de segurança por parte da empresa que, diante do elevado risco da sua atividade, responde objetivamente por acidentes. Caso ocorra um acidente com o trabalhador, a empresa deverá arcar com uma indenização a ele equivalente (ainda que tal mensuração seja monetariamente impossível em determinados casos), ao valor do dano sofrido. Essa regra faz com que a empresa tome mais precauções para evitar esses acidentes do que se o pagamento da indenização dependesse da culpa do trabalhador, pois, caso contrário, a sua negligência poderá causar prejuízos e comprometer gravemente sua atividade econômica.

A racionalidade das escolhas e a tendência de optar por alternativas economicamente mais viáveis estão presentes nas decisões proferidas por muitos juízes, ainda que eles não tenham plena consciência disso³⁶⁴. Mesmo no Brasil essa situação pode ser observada, basta tomar como exemplo a Justiça do Trabalho, que é titular do Poder Normativo, conferido pela Constituição Federal de 1988 e, a partir disso, podem os juízes emitir as Sentenças Normativas em caso de dissídios coletivos de natureza econômica, que são aqueles que dizem respeito à instituição de melhores condições de trabalho e ao reajuste salarial. Esse tipo de sentença põe fim às divergências existentes entre empregadores e empregados nos casos de negociações coletivas que tiveram suas negociações frustradas fora da seara judicial. Diz-se normativa porque, apesar de formalmente ser uma sentença, afinal, decorre do Poder Judiciário no exercício de sua jurisdição, podendo ser materialmente considerada uma lei, pois todos os integrantes das categorias econômica e profissional envolvidos no litígio ficam obrigados a observá-la. Evidentemente, ao julgar esse tipo de ação coletiva, o Juiz deve levar em consideração uma série de fatores, dentre os principais, a situação econômica da empresa, as circunstâncias de trabalho a que os empregados são submetidos e a viabilidade das propostas, para, só assim, ser capaz de pôr fim à controvérsia com uma decisão justa e que,

³⁶⁴É imprescindível esclarecer que o referencial para os estudos de Posner foi o sistema jurídico baseado no *common law* norte-americano que, por oferecer maior autonomia aos juízes, permite que eles decidam baseados em critério e em ideias inclinadas à sua subjetividade, ainda que estejam atrelados aos limites previamente determinados por lei.

ante a análise feita, deverá também ser eficiente, caso contrário seus resultados podem trazer consequências diferentes daquelas a que inicialmente se propuseram.

Escolhas pautadas em critérios eficientistas são rotineiras e não se limitam aos julgadores, a exemplo de uma pessoa que sempre utiliza o cinto de segurança e dirige a uma velocidade razoável, ainda que esteja demasiadamente atrasado para uma importante reunião de negócios. Ora, se o dispêndio econômico (gastos financeiros e aqueles que não podem ser mensurados economicamente, mas que devem ser incluídos na análise, v.g., a dor) provocado pelas eventuais consequências de um acidente acaba sendo maior que os gastos implicados pelo atraso, o mais provável é que a escolha racional seja a segurança ao dirigir.

Em um modelo regulatório, centralizador ou de livre mercado, as avaliações e as projeções econômicas variarão a depender das intervenções que se deseja fazer no cenário macroeconômico, ora para incentivar o crescimento financeiro, incrementar o mercado de trabalho ou estabelecer um parâmetro regulatório para determinado setor. No campo jurídico, o ramo responsável por sistematizar a dogmática organizadora do processo econômico, por intermédio da regulação (macrojurídica) da atividade econômica, para a definição da política econômica estatal é o Direito Econômico³⁶⁵. Distingue-se da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) por ser composto por um conjunto de normas cujo conteúdo é, predominantemente, econômico e o objeto a regulamentação de medidas de política econômica referentes às relações e aos interesses individuais e coletivos, e então, harmonizá-los com o princípio da economicidade e com a ideologia adotada na ordem jurídica³⁶⁶, além de se concentrar na legislação e nos conceitos de justiça/injustiça (embora o direito possa funcionar como um sistema de indução econômica) inseridos no sistema de conformação constitucional. Resumidamente, trata-se de matéria exclusivamente econômica, como a intervenção do Estado na economia, a regulamentação antitruste e outros temas macroeconômicos, como o controle da inflação e do câmbio. A AED, em outra direção, dispensa um tratamento científico (leia-se econômico) ao comportamento das pessoas, em reação às leis, utilizando teorias matematicamente precisas (teoria dos preços e dos jogos) e métodos empíricos sólidos (estatística e econometria), em uma linguagem denominada modelos econômicos, que forneçam resultados acerca da eficiência de determinada legislação ou de algum modelo regulatório, exemplificativamente³⁶⁷. Enquanto método de estudo do Direito, pode ser utilizada para integrar normas qualquer que seja a matéria da Ciência

³⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1981, p.39.

³⁶⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo, Saraiva, 1980, p.3.

³⁶⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.25-26.

Jurídica, como, por exemplo, a responsabilidade civil decorrente da quebra de um contrato ou, ainda, para entender o fenômeno da criminalidade e as regulamentações mais adequadas no âmbito do Direito Penal.

Em relação à formação dos preços e dos custos, que repercute no valor final disponibilizado aos consumidores em mercados específicos, a microeconomia é o ramo da ciência social positiva que se dedica a analisar como os agentes de mercado (empresas e consumidores) interagem e decidem, com a utilização de “(...) um foco micro – de um lado as unidades de consumo, denominadas famílias (teoria da demanda), de outro encontram-se as unidades de produção, chamadas de empresas (teoria da oferta)”³⁶⁸. Ao nicho de atuação dos atores envolvidos, nas transações voluntárias, durante determinado tempo, nomeia-se *mercados*. Sendo exequível a sua definição como “um grupo de compradores e vendedores que, por meio de suas reais ou potenciais interações, determinam o preço de um produto ou de um conjunto de produtos”³⁶⁹. É um termo com repercussão semântica e econômica mais ampla que o *setor*, que se refere apenas a “um conjunto de empresas que vendem o mesmo produto ou produtos correlatos”³⁷⁰. Os mercados podem ser competitivos ou não competitivos. Os primeiros são dotados de muitos compradores e vendedores, de forma que o preço não é afetado por apenas um comprador ou um vendedor. Mesmo, em alguns casos, em que há poucos *players*, é possível um ambiente de perfeita competição, comparável ao setor das companhias de aviação dos Estados Unidos que, embora possua poucas empresas, é caracterizado por uma concorrência intensa. Em outra vertente, os mercados não competitivos podem possuir muitos produtores, mas algumas empresas ou uma delas pode afetar a formulação do preço do produto³⁷¹.

A questão da competitividade pressupõe a avaliação da concorrência, vista como uma ação independente dos vendedores e que pode ser perfeita ou imperfeita. A concorrência perfeita representa uma liberdade de entrada e de saída das empresas e denota um equilíbrio entre as necessidades do produtor/vendedor e as possibilidades/disponibilidades que os compradores compreenda como adequadas para determinado produto/serviço, ou seja, a qualidade dos produtos em consonância com os preços praticados estariam justificados, independentemente de quem os venda³⁷². Como se sabe, a interferência do poder regulatório,

³⁶⁸ BOARATI, Vanessa. **Economia para o Direito**. Barueri: São Paulo, Manole, 2006, p.35.

³⁶⁹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6.ed. Tradução de Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005, p.7.

³⁷⁰ Ibid., p.7.

³⁷¹ Ibid., p.8

³⁷² ZEGER, Artur. Mercado e Concorrência: abuso do poder econômico e concorrência desleal. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (Justiça Federal)**, v.17, n.28, p.47-68, 2010, p.51.

a busca por novos mercados consumidores levam a atos predatórios contra o mercado em geral e os concorrentes, desenhando um cenário de concorrência imperfeita que toma forma pela prevalência da oferta ou da procura. Em um Estado Democrático de Direito que incorpora a livre concorrência como princípio motriz de sua atividade econômica, o preço final proposto ao consumidor é o principal elemento de disputa de mercado. Em decorrência dele, destacam-se como condutas lesivas o abuso do poder econômico e a concorrência desleal³⁷³, manifestadas pela materialização de um monopólio (puro/natural, legal, técnico e bilateral), oligopólio, cartel, monopsônio, oligipsônio, truste, *holding*, *pool* ou *dumping*³⁷⁴.

Em uma economia de mercado, a demanda e a oferta é que determinam a produção de cada bem e o preço (relativo) de venda, ou seja, seu valor comparado aos demais³⁷⁵. A lei da oferta e da demanda é determinante na variação de aquisição de determinado produto ou serviço pelos consumidores, que vão escolher aquele que mais lhes proporcionar satisfação. Porém, agregado a esse fator, a teoria da demanda explica que a restrição orçamentária determinada pela queda de renda do consumidor ou pelo aumento do preço do produto/serviço, bem como pelas preferências pessoais quanto a específico produto/serviço influenciam na demanda. Essa, por sua vez, diz respeito ao “(...) conjunto de preços e quantidades de produto ou serviço que os indivíduos estão dispostos a adquirir no mercado em um determinado período de tempo”³⁷⁶ e sua curva de demanda gera o cálculo da diferença entre o que os consumidores estão dispostos a pagar (preço de reserva) e o que eles efetivamente pagam (preço de mercado)³⁷⁷.

É, na teoria da firma, criada por Ronald Coase, em 1937, no seu artigo *The Nature of Firm*, desenvolvida, nos moldes atuais, por Oliver Williamson, que se estabelece a base teórica microeconômica justificadora do comportamentalismo empresarial no sentido de que o direcionamento dos recursos, no sistema econômico, depende visceralmente do mecanismo de preços³⁷⁸. Para Coase, a instrumentalização da ação dos agentes econômicos não se dá de forma direta e objetiva, e sim pela criação da “firma” (empresa), vista como uma unidade de produção técnica responsável que transforma “entradas em saídas” a atuar em um mercado e que tem como um dos seus fundamentos os custos de transação. A literatura econômica desvela a firma como um objeto próprio de teoria, enquanto, na verdade, o ensaio de Robert

³⁷³ZEGER, Artur. Mercado e Concorrência: abuso do poder econômico e concorrência desleal. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (Justiça Federal)**, v.17, n.28, p.47-68, 2010, p.51.

³⁷⁴KÜSTER, Edison. **Custos e formação de preços**. 2.ed. rev. e atual. Curitiba, Juruá, 2012, p.56-59.

³⁷⁵BOARATI, Vanessa. **Economia para o Direito**. Barueri: São Paulo, Manole, 2006, p.36.

³⁷⁶Ibid., p.41.

³⁷⁷Ibid., p.41.

³⁷⁸COASE, R. H. **The firm, the Market and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p.34.

Coase a enquadra dentro de uma teoria de mercados, na qual as empresas funcionam como agentes de manipulação a serviço da maximização dos lucros (valor presente). A proposta de Coase é que os custos de utilização dos mercados, para a efetivação das negociações econômicas e contratuais, podem ser maiores do que aqueles desempenhados pela organização empresarial³⁷⁹. Considere-se que existem duas formas básicas de realização de transações econômicas: diretamente no campo de mercado e por intermédio da organização e da ação das sociedades empresárias. O reconhecimento de personalidade jurídica à empresa como uma ficção legal constituída como um feixe de direitos e obrigações civis, tributárias, comerciais, trabalhistas minimiza os efeitos dos riscos inerentes à atividade econômica (alteridade) e delimita as responsabilidades sobre a figura do empreendedor por levar em conta as instabilidades e as imperfeições do mercado³⁸⁰. A regulamentação jurídica, no aspecto empresarial, dá-se sobre a *affectio societatis* (art. 981, Código Civil Brasileiro)³⁸¹ e, no aspecto trabalhista, sobre o que se considera como o sujeito das obrigações (inclusive, para fins de sucessão trabalhista e de configuração do grupo econômico), ou seja, a atividade³⁸², e não o sujeito do empresário³⁸³ ou a sociedade empresária. Não se trata de uma definição jurídica da atividade empresária por se focar no caráter eminentemente técnico de ação no mercado, porém, pelo notório reconhecimento dos seus méritos tem sido utilizada como suporte conceitual, na seara do Direito Empresarial, quanto à adoção de uma teoria jurídica da empresa.

A novidade é que, nos novos tempos de competitividade empresarial, os custos absolutos dos produtos nem sempre são repassados aos consumidores, exatamente por essa situação configurar uma posição menos vantajosa em relação aos concorrentes que encontram outras saídas para o barateamento daquilo que disponibilizam no mercado. A gestão dos negócios modernos saiu de um modelo de definição de preços pelas empresas para um sistema ditado pelo mercado. O resultado real, do ponto de vista administrativo, é que o lucro

³⁷⁹ JENSEN, Michael; MECKLING, William H. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. **Revista de Administração de Empresas**. Vol.48, n2, abril/junho, 2008, p.88, 90-91.

³⁸⁰ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 188.

³⁸¹ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

³⁸² Embora a CLT, no seu art. 2º, defina que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, há uma atecnia jurídica, pois, o que ocorre, desde a leitura conjunta que se faz do art. 2º, §2º c/c art. 10, 448 e 449, é que se admite a alteração subjetiva do contrato de trabalho sem que isto afete sua integridade jurídica, diversamente do que aconteceria se a alteração fosse em relação ao empregado, por se tratar de relação personalíssima.

³⁸³ Art. 966, Código Civil. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

não é mais encerrado, unicamente, como receita decorrente de venda, mas considera os custos envolvidos no processo produtivo, de forma que quanto menor o custo maior será o lucro. Dentro do gênero gastos estão compreendidos os investimentos, os custos, as despesas, as perdas e os desperdícios. Define-se custo como “gastos essenciais à produção, onde os fatores produtivos são utilizados com o objetivo de adquirir novos produtos ou serviços”³⁸⁴ e esses podem ser diretos, indiretos, fixos ou variáveis (salários e encargos sociais, por exemplo). Alerta-se que os custos não se confundem com as despesas que são os “gastos incorridos em um determinado período de tempo com o objetivo da venda de produtos e serviços para geração de receitas são efetuados nas áreas de apoio da empresa”³⁸⁵.

Os estudos realizados pela teoria da firma, enquanto uma instituição metodológica que se contrapõe a um individualismo de ação estrita no mercado, reverteram em outras teorias justificadoras da existência e da sobrevivência da empresa, dentre elas, a teoria dos custos e a teoria dos rendimentos, cujos cernes teóricos se complementam por definirem que uma firma busca produzir uma quantidade esperada do seu produto/serviço com uma redução dos custos e, simultaneamente, maximizar o seu lucro (receita total). A gestão e o controle dos custos podem se dar de variadas formas, morais ou não, que contemplam a adoção de tecnologias que otimizem a produção, a utilização de novos processos de trabalhos e atividades, as compras de insumos de fornecedores que ofereçam *commodities* mais acessíveis, a redução do quadro de empregados ou meios alternativos de contratação e de jornada de trabalho, dentre outras variadas opções disponíveis àquele que empreende. No conjunto dos variados custos de um empreendimento, o capital humano e a especialização – determinada pela divisão internacional do trabalho - se engrandecem como meio tão valioso quanto o processo de gerenciamento de riscos e dos insumos. Isso deve ser encarado para além de um dado estatístico na cadeia de formação dos preços. A raiz da especialização da mão de obra está objetivamente ligada aos investimentos em educação, à formação e à tradição em conhecimento, conferindo àqueles que ignoram esse fato o status de apenas fornecedor de “mão” de obra, enquanto que outras nações cujo valor progressista se assenta na educação, na tecnologia e na inovação conseguem intelectualizar o trabalho e incrementar a riqueza³⁸⁶. O conteúdo dessa constatação histórica não exclui a veracidade de que as relações econômicas são interdependentes e de que o avanço da especialização trabalhista é impossível ser determinado pela concentração produtiva total de um bem ou de um serviço em um

³⁸⁴CASTRO, Clarizza *et al.* A gestão estratégica de custos como diferencial competitivo para micro e pequenas empresas. **Gestão em foco - UNISEPE**, v. 1, p. 1-10, 2015, p.4.

³⁸⁵Ibid., p.4.

³⁸⁶ARAUJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3.ed. Almedina: Coimbra, 2012, p.121.

determinado Estado. A segmentação e a especialização produtiva, em atividades de maior ou menor complexidade, permitem um aumento nas trocas comerciais de países que podem proceder a intercâmbios econômicos baseados nas necessidades de cada um, sem impedir que, simultaneamente, haja um processo de melhoria educacional e das condições de vida dos trabalhadores.

O desafio do manejo dos custos se pauta na não afetação da qualidade e da funcionalidade dos produtos, assim como da noção de utilidade que ele carrega consigo junto aos compradores. Para que uma alteração de custos seja considerada uma vantagem realmente competitiva frente aos demais participantes do mercado, ela deve se fundar em algo indisponível, ainda que imediatamente, aos concorrentes, demorado ou de difícil aquisição³⁸⁷. Dentro desse cenário, duas possibilidades são aventadas: a) o agente de mercado diminui os custos e repassa tal redução ao preço final, criando um custo médio por unidade (valor unitário variável) de produto inferior aos obtidos pelos seus concorrentes, tornando o seu produto mais atrativo aos consumidores; b) o custo, embora reduzido, não é determinante para o valor do produto, de forma que o preço se mantém o mesmo (na média ou até superior ao de mercado), tendo a redução sido incorporada ao lucro.

Na primeira hipótese, o aumento do lucro se dará em razão do crescimento das vendas individuais em face da melhor oferta, de modo que, a depender da natureza da redução praticada e do quanto for repassado, poderá haver ou não uma alteração concorrencial. Em médio ou longo prazo, em razão da captura de mercado pela configuração de um monopólio ou de um oligopólio, tais valores podem ser reajustados em face da ausência de concorrência, tornando-se o consumidor refém daquilo que, anteriormente, considerava uma vantagem até que um novo concorrente surja. Havendo redução deliberada do preço, sem que se justifique esse tipo de ação, caracterizar-se-á a predação, gênero de variadas condutas tratadas pelo Direito Antitruste, mas que possuem uma finalidade específica: “(...) o agente, na expectativa de eliminar o concorrente de mercado, incorre prejuízos para, depois recuperá-los através de diversas formas”³⁸⁸. No outro caso, há apropriação direta da redução dos custos, independentemente do valor praticado ser acima daquele executado pelo mercado e do aumento exponencial de vendas para que se mantenha a margem de uma consolidação econômica do agente de mercado, que poderá replicar sua política de redução de insumos em outros ambientes, novas filiais e tornar essa prática uma política empresarial.

³⁸⁷ KÜSTER, Edison. **Custos e formação de preços**. 2.ed. rev. e atual. Curitiba, Juruá, 2012, p.15.

³⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência (Estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.26-27.

Em ambas as situações acima relatadas, o que não se deve olvidar é que cada fator produtivo tem a sua contribuição, em termos de remuneração, para a formação do produto final e, por conseguinte, do preço e da oferta. A correlação entre a variabilidade dos custos produtivos diz respeito, também, ao nível da produção e da oferta e, o que parece mais grave, aos incentivos para a disponibilidade de mais produtos no mercado, ou seja, à diminuição de custos. Assim, reflete no preço, aumenta a oferta (que se equilibra com a demanda por uma lei fundamental de equilíbrio do mercado) e incentiva a produção, oportunizando um maior leque de opções qualitativas aos consumidores que, por sua vez, reiniciam o ciclo econômico que se alimenta de compradores e de vendedores³⁸⁹.

Os limites da ação da empresa no mercado quanto às possibilidades da administração dos custos trabalhistas, mais uma vez, chega a um ponto de conflitos entre os direitos fundamentais, envolvendo livre iniciativa, direito à propriedade, prestígio do trabalho humano, intérpretes da liberdade e da igualdade, norteadores dos Estados Constitucionais de Direito. A incidência do direito econômico sobre os fenômenos econômicos é filtrada pela determinação constitucional de existência, de condicionamento e de manifestação do direito de propriedade, juntamente com sua função social que se apoia na doutrina solidarista inserta no art. 3º, inciso I, da Constituição da República. A repercussão da solidariedade, no cenário empresarial, encontra resistências por se dissociar da concepção subjetivista liberal clássica de exercício de um direito individual que não deve se comprometer com quaisquer tentativas de coletivização forçada das suas atividades e tampouco do *modus operandi*. Ainda que haja uma parcela de verdade, nesse argumento, a respeito de como o tratamento ao direito de propriedade e às liberdades econômicas deveriam ser disciplinados não é objeto, desse trabalho, propor uma nova reformulação da ordem econômica, pois a complexidade dos debates é de tamanha profundidade que demandaria estudo próprio.

O encontro das vicissitudes da atividade econômica com as imperfeições e as falhas de mercado é tratado pelo Direito Econômico, com supedâneo principiológico constitucional. Trata-se da atividade regulatória, que coordena os princípios informadores do Estado Democrático de Direito (os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, art. 1º, IV, CRFPB/1988) com os informadores da Ordem Econômica e Financeira (art. 170), quais sejam: a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a livre concorrência, dentre outros. O Título VII da Constituição da República introduz, no sistema jurídico brasileiro, os princípios coordenadores da Ordem Econômica e Financeira, as

³⁸⁹ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3.ed. Almedina: Coimbra, 2012, p.148-149.

hipóteses de intervenção do Estado na atividade econômica, as políticas urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária, além dos fundamentos do sistema financeiro nacional. A regra é que haja uma predominância da iniciativa privada com incursões excepcionais diretas estatais, seja como ente fiscalizador dos particulares (poder de polícia sobre mercados) ou como ator protagonista da atividade econômica na prestação de serviços públicos.

A abrangência dessa atividade regulatória envolve amplamente a intervenção pela concessão de serviços públicos ou pelo exercício do poder de polícia (que se aproxima mais do objetivo desse trabalho)³⁹⁰. O propósito da regulação estatal na economia – para os defensores da intervenção, da força indutora e promotora desenvolvimentista das regras públicas – calca-se, na manutenção de um bem-estar social, como pressuposto da atividade econômica. Para atingir tal finalidade, a atuação dos agentes de mercado é mitigada para dar lugar a uma revisão conceitual da liberdade de iniciativa dos *players* privados e a uma exclusão de determinados mercados do campo da livre competição, cabendo ao Estado a titularidade da condução de tais atividades, como os monopólios estatais e serviços públicos, em face da existência de falhas de mercados e da necessidade de produção e de circulação de bens e serviços fundamentais à sociedade³⁹¹.

A pedra de toque entre Direito e Economia passa pela intervenção do Estado na ordem econômica para superar a ideia de existência de uma metodologia de independência, que propunha o estudo dos fenômenos que objetivavam eficiência à Economia e justiça ao Direito. Tenciona-se que, na nova versão comunicativa operacionalizada, a eficiência é vista também como um das finalidades do Direito (porém insuficiente para resolver problemáticas de ordem moral) e a justiça se aproxima dos institutos econômicos sem, contudo, retirar-lhes a essência de dinamicidade determinada pelo mercado. Assim, a intervenção, na ordem econômica, dispõe de uma série de instrumentos que propõem a concretização de valores socialmente compartilhados em uma ótica redistributiva, a viabilizar um modelo de justiça social condizente com a Constituição dirigente concebida pelas forças de poder que a avivaram juridicamente. No leque de opções permitidas pelo legislador, a intervenção, no sistema de competição, pela via do direito antitruste, tem um papel de destaque por se revestir de uma tríplice formatação: a tutela concorrencial, a defesa do consumidor e, segundo entendimento esposado nesse trabalho, a homenagem ao trabalho decente.

³⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2.ed. rev e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p.21.

³⁹¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência** – A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013, p.33-34.

A corrente teórica tradicional, adotada como substrato do direito antitruste, tem sua origem na Escola Econômica Neoclássica de Chicago, de onde emergem os defensores da teoria marginalista. O cerne de pensamento reside basicamente na maximização da eficiência produtiva em consonância com a redução de custos (para os marginalistas, o valor de um produto é determinado pelo valor que o último consumidor está disposto a comprar – consumidor marginal) e a consequente redução do preço final, ocasionando um benefício final aos consumidores. Ainda que a eficiência tenha a sua importância, no cenário das transações econômicas, e isso é inegável pela própria razão de ser do modelo capitalista, além de ser um critério de medição de decisões racionais fora e dentro do mercado, a Escola de Chicago a leva às últimas consequências por associá-la diretamente ao bem-estar dos compradores, independentemente dos meios utilizados para a redução dos custos de transação, justificada até a existência de monopólios e de restrições concorrenciais³⁹².

A superação do critério da eficiência passou a considerar que os consumidores não estariam protegidos apenas pela redução dos custos de transação, destarte, as novas teorias incluíram, no fundamento do direito antitruste, o estudo dos comportamentos dos agentes, de sua forma de se relacionar no processo de influência da escolha racional dos consumidores (teoria dos jogos), dos macromercados, simultaneamente, com o estudo do instituto dos preços, das ofertas e das decisões empresariais (teoria dos mercados contestáveis) e das instituições (nova economia institucional). O interesse dos consumidores, entretanto, não se dissipou como um bem jurídico tutelado pelo Direito Concorrencial. Ele permanece, mas ao lado da preocupação de que a eficiência seja repartida com os consumidores, e não apropriada pelo agente de mercado, ou seja, juntamente com o cuidado de regulação das condutas, as estruturas de concentração empresarial são elevadas a um nível de importância similar à da defesa consumerista, exatamente em razão da sua existência implicar alterações na liberdade de escolha do comprador.

O Poder de Polícia Administrativo Regulatório Concorrencial tem por finalidade assegurar um ambiente mínimo e competitivo de livre concorrência, no qual os agentes busquem meios alternativos de desenvolvimento e de produção, novas tecnologias e elevação de qualidade, desde que isso se compatibilize com os demais princípios da atividade econômica. A louvada livre concorrência constitucional (art. 170, IV, CRFB/1988) pressupõe que os agentes de mercado possam nele atuar sem impedimentos com os seus consumidores, sem privilégios decorrentes de subsídios públicos e sem abuso de poder econômico. O texto

³⁹²SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.23.

constitucional, nos art. 173, §4º e 5º, elegeu o abuso do poder econômico como um norte no combate pela defesa da concorrência, desde que aquele tenha por finalidade a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros e autorizou a responsabilização da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade individual dos seus dirigentes, sujeitando-a a punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Sempre que há um desvio comportamental de um dos agentes, por meio de estruturas empresariais ou de condutas ilícitas predatórias, há a convocação do direito antitruste e de seu poder de polícia no intuito de se restaurar um cenário ideal de mercado.

4.2 A TEORIA GERAL DO DIREITO ANTITRUSTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A função primária do direito concorrencial não se constitui em um fim em si, autônomo. Todos os comandos constitucionais de repressão e de prevenção a atos que atentem contra a concorrência e os consumidores apontam para os fundamentos previstos, nos art. 3º e art. 170 da CRFPB/1988: a garantia da existência digna, segundo os ditames da justiça social, orientados pelo duplo fundamento da ordem econômica – a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa³⁹³. Uma leitura menos acautelada pode dissociar a vinculação entre a tutela da concorrência e o trabalho humano, o que se supera ao perceber que toda a Constituição Econômica aponta para a dignidade como elemento teleológico de abrangência universal. Essa dignidade é parcialmente assegurada pela Ordem Econômica que, não se sustenta, caso não amparada no labor valorizado e na livre iniciativa como motrizes de transformação social. A principiologia, exarada no art. 170 e nos enunciados prescritivos da norma constitucional, por conseguinte, não encerra valoração cartesiana, departamentalizada e isolacionista. Verifica-se dotada de essência dirigente bem definida que conforma o sistema econômico aos objetivos previstos pela organização política do Estado Brasileiro. Por essa razão, as normas de direito concorrencial não se reduzem a reprimir estruturas e condutas nocivas ao mercado; elas têm uma feição instrumental de serviço às políticas públicas econômicas e de desenvolvimento, que pode ser implementada pela aplicação da legislação antitruste ou pelo afastamento da sua incidência, funcionando como uma formatação de

³⁹³FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 5.ed.rev, atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.186.

mercado na modalidade de termostato econômico, até permitindo ou reduzindo a vigilância sobre atos de concentração, por exemplo³⁹⁴.

A correlação remissiva da Constituição Econômica com a Constituição Social denota que as regras jurídicas não são unívocas, tampouco se concebem funções particularizadas de determinado ramo da Ciência Jurídica que não se conectem com outros campos do conhecimento. A riqueza semântica e a multiplicidade criativa do Direito habitam, dentre tantas outras leituras da juridicidade, no fato de se tratar de um sistema de manifestação de poder que emana de fontes distintas, mas possui objetivos em comum e se inter-relaciona em formatos estéticos variados, que se movimentam entre a pirâmide normativa, o rizoma, as teias, os castelos e as intersecções normativas. Essa afirmação é demonstrada, no trabalho desenvolvido, pelo Designer de Informação alemão Oliver Bieh-Zimmert, quando realiza um experimento que expõe os textos dos 2385 parágrafos do Código Civil Alemão de 1896. Cada vez que o texto legal fazia referência a outro parágrafo texto, uma linha vermelha era direcionada ao enunciado referenciado. A tradução de dados massivos e de estruturas complexas por meio da arte justifica argumentos por vezes abstratos e dificilmente visualizáveis nos caminhos opacos e frios da lei. A estética tem escólios do Direito sem a necessidade da pronúncia da palavra, seja pelo caráter não-dogmático e livre da forma pré-estabelecida que ostenta ou pelo simbolismo jurídico residente na sua dimensão não escrita e não falada. A visualidade jurídica ilumina a escuridão perceptiva do hermetismo legislativo em uma aproximação entre o que superficialmente seria impossível, em termos de objeto.

A estética, que se dedica ao estudo das formas artísticas, é fruto da liberdade, da espiritualidade imaginária individual do sujeito; o Direito preocupa-se com a regulação objetiva das condutas do ser humano. Ler o Direito sob uma percepção estritamente estética o esvaziaria de conteúdo, concentrando-se na figura do belo da linguagem e de sua lógica. A manutenção de uma superficialidade de compreensão e de atribuição à estética de uma versão jurídica delimitá-lo-ia, em suma, a mote regulatório do chamado direito da arte e de seus institutos conexos. Esvaziando – pela objetividade da racionalidade jurídica –, assim, a subjetividade da arte³⁹⁵. A viabilidade comunicativa entre formas tão diferentes de se descrever a realidade se perfaz pela intersecção do exercício da racionalidade do Direito, que se manifesta nos raciocínios dedutivos oriundos dos conceitos de justo/injusto, de bom/mau,

³⁹⁴FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 5.ed.rev, atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 188-189.

³⁹⁵SATIE, Luis. Direito e Estética. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 631-640, Dezembro, 2010, p.632-633.

de lícito/ilícito no mundo real, e de Estética, vista como um apelo ao mundo sensível, contudo que também é substantivada no julgamento do belo do mundo sensível para o real³⁹⁶.

Se há uma identidade comum de pontos que orientam Direito e Estética – a racionalidade – justifica-se a interpenetração dos saberes, burilados, na estética jurídica, afirmando-se, assim, que a compreensão de certos fenômenos jurídicos se aproxima da inteligibilidade muito mais pelo que se vê ou se sente do que pelo que se lê, porquanto a arte é dotada de alta complexidade e imanência, pondo-se como “(...) centro da emanção categórica necessária para orientar a estética enquanto discurso crítico voltado especialmente para a compreensão da forma jurídica (...)”³⁹⁷. A arte jurídica, por assim dizer, expõe uma defesa do que se reputa controverso, reacende a discussão do sentido do direito positivo como sistema uno, mas dotado de variáveis possibilidades regulatórias de condutas, e permite a demonstração de que os enlaces existentes, na normatividade, desaguam em uma estrutura do Direito, enquanto conjunto dogmático central, e, simultaneamente, interligam ramos antes não cogitados.

A arte e a sua grandeza espiritual, ao retratar o Direito, separam e reúnem elementos do sentido e da razão que a superficialidade do discurso jamais conseguiria detalhar. Dito de outro modo, há uma visceral ligação de significância no interior da arte para o interior do Direito que conduz a apreensões sobre a teoria jurídica calcadas nas metáforas de suas formas, ou, conforme ensino de Franca Filho, o simbolismo da arte rende significados para o Direito a partir “(...) do estudo da iconosfera (ou *Bilderwelt*) (...) entendida esta (...) como a imensa e complexa teia de significados imagéticos a que somos submetidos quotidiana e diuturnamente em nossa ‘Idade Mídia’”³⁹⁸.



(Figura 7 - Network of the German Civil Code, 2013, Oliver Bieh-Zimmert, Fonte: Visual Telling)

³⁹⁶ SATIE, Luis. Direito e Estética. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 631-640, Dezembro, 2010, p.633-634.

³⁹⁷ Ibid, p.637.

³⁹⁸ FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. **A Cegueira da Justiça**: Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2011, p.28.

A rede do Código Civil Alemão demonstra visualmente o caráter em teia desse documento legislativo. A metáfora analógica pode ser facilmente transportada para as relações entre o (Direito do) trabalho e o (Direito) antitruste. A referência aos dispositivos presentes nas normas internacionais da OIT, a valores tutelados que são objeto de tratamento pela OMC e vice-versa, assim como a já dita intersecção entre os princípios e o regramento constitucional da concorrência e os fundamentos da República do Brasil e da Ordem Econômica denunciam que a proximidade entre esses ramos do Direito é maior do que a dispensada tradicionalmente pela doutrina. Nessa mesma senda, cabe destacar que existem vários artigos, na legislação trabalhista, que apontam para regras previdenciárias, ambientais, intelectuais, empresariais e até mesmo concorrenciais³⁹⁹. Põe-se em discussão, portanto, que institutos da legislação ordinária do direito concorrencial podem fazer alusão, ainda que implícita, a bens jurídicos trabalhistas ou que condutas infracionais à ordem econômica possam ser analisadas desde ações realizadas dentro das relações trabalhistas.

Os tangenciamentos entre o Direito e a Arte não se resumem às visualizações de arquiteturas reveladoras da normatividade. A demonstração dos fenômenos jurídicos circula também por campos da literatura e, até mesmo, por tentativas de associação entre apreensões de todos os sentidos humanos às variadas modalidades de representação do Direito. Não que os temas jurídicos sejam, exclusivamente, o centro da arte ou da literatura. Afirmar isso seria presumir que o Direito tem a capacidade de explicar a realidade e olvidar que ele é apenas uma micromanifestação dela. A literatura shakespereana do Mercador de Veneza, por exemplo, ao retratar fatos culturais como a usura, a xenofobia e as transações comerciais, discute temas caros ao Direito Civil e à Filosofia do Direito sem com tais ramos se preocupar diretamente, pois se ocupa de descrever narrativas cujo objeto são as relações humanas, dentre as quais se situam as jurídicas.

O despertar para uma análise do Direito, na Literatura de Shakespeare, à guisa ilustrativa, humaniza a compreensão da técnica e da ciência jurídica, pela via da interdisciplinariedade, e expande o plexo de possibilidades de alcance da normatividade com uma abertura cognitiva que foge à simples dogmática. A ruptura com os regramentos estanques para uma análise jurídico-filosófica da literatura reveste-se de tamanha relevância que há quem afirme que o Direito deve mais aos ensinamentos previstos no mercador de

³⁹⁹ Art. 482, CLT - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: *[omissis]* c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço.

Veneza do que aos compêndios jurídicos escritos até o século XIX⁴⁰⁰. Assim, a literatura, encerrada como espécie da arte, registra historicamente valores locais que põem em evidência representações de poder, de justiça e que funcionam como fontes materiais de compreensão e de reflexão evolutiva e contextualizada do Direito e dos seus institutos sem se prender a um método efetivamente científico e linear e, ainda assim, sendo espontâneo e visual.

Shakespeare destacou-se ao criar personagens com tamanha distinção e humanidade que, nas suas incítas peculiaridades teatrais, ressaltam assuntos universais e atemporais do homem. Tem-se a impressão que as tramas poderiam se passar naturalmente na era contemporânea. O tratamento dispensado à vingança e à ética da honra, no contexto de uma ordem social injusta, em *Hamlet* e *Macbeth*⁴⁰¹, e aos limites da interpretação do direito – em o *Mercador de Veneza* - são assuntos amplamente postos em ventilação, ainda que sob os moldes da ironia e do sarcasmo discursivo acerca de juízes e de advogados. Na comédia *O Mercador de Veneza*, em particular, já se destacou, anteriormente, a interligação analógica e metafórica entre campos do direito que, tradicionalmente, não se conectavam, mas uma análise que foge à curva dos tradicionais estudos sobre a obra merece destaque: o protagonismo da personagem Pórcia.

Comumente, presume-se que Shylock – o judeu usurário – é o protagonista do enredo, uma espécie de herói-vilão que se destaca pela perspicácia de sua proposta de empréstimo a Antônio e pelo abismo em que se lançou, voluntariamente, em função da irredutibilidade dos termos conferidos às suas palavras no acerto com seu devedor. Porém, o marco de virada da obra dá-se pela argúcia de Pórcia, que se disfarça de advogada e propõe o dilema da inseparabilidade da libra de carne do sangue de Antônio, não questionando a validade das leis de Veneza, tampouco o direito à execução contratual que beneficiaria Shylock. A estratégia de se utilizar do legalismo demasiado para conferir outro sentido à norma do *pacta sunt servanda* constitui-se em um processo reconstrutivo, pois “(...) até mesmo a literalidade mais estrita é suscetível à interpretação”⁴⁰². Os efeitos da virada interpretativa implicaram a mudança de posição de algoz para réu, de exequente civil para réu penal a Shylock e a pena de conversão ao Cristianismo.

O ponto fulcral da discussão gira em torno dos limites da interpretação do direito e dos novos desenhos processuais e materiais resultantes desse fenômeno. Condenação onde existia

⁴⁰⁰SILVA, Teófilo. **A paixão segundo Shakespeare**. Brasília: W edições, 2010, p. 233.

⁴⁰¹GHIRARDI, José Garcez. We are arrant knaves all: notes of revenge and justice in Shakespeare plays. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 1, p. 85-98, 2015.

⁴⁰²TRINDADE, André Karam. Pórcia e os limites da interpretação do Direito. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 19, p. 755-786, 2014, p.769.

a impiedade, ressignificação semântica do que há muito se reputava como único e enquadramento de possibilidades, em terrenos normativos, antes não admitidas. Essa introdução conectiva entre Direito, Arte e Literatura propõe-se a questionar posicionamentos majoritários entre o direito da defesa da concorrência e o direito do trabalho como elementos que se entrelaçam ou, ainda, que, diante de nova interpretação de ordenamento já existente, originam uma nova modalidade de repressão à concorrência desleal sob o epíteto de direito concorrencial do trabalho. Além disso, uma interpretação mais elastecida da legislação de direito econômico, resultado de um literalismo criativo, nos moldes lógicos referenciados por Pórcia, implica a suficiência do sistema legislativo de repressão ao abuso do poder econômico para a investigação de possíveis condutas anticompetitivas, abrigadas no desrespeito aos direitos trabalhistas.

Para que se chegue ao cerne dessa interligação, é necessário que se façam alguns apontamentos conceituais. De início, ressalte-se que a mera verificação de uma conduta não é suficiente para a configuração de uma conduta ilícita. Salomão Filho leciona que, em nome da legalidade da punição administrativa, apenas em razão da ausência da existência de poder de mercado e de justificativas (concorrenciais ou extraconcorrenciais) é possível se presumir um objetivo anticoncorrencial⁴⁰³. Assim, a investigação do poder econômico do agente, no mercado, é ação necessária para a superação da primeira fase de aferição da conduta. Em segundo lugar, a conduta praticada não pode ser enquadrada como um ato pró-concorrencial, ou seja, “(...) ainda que admitindo certo dano concorrencial, demonstre a existência de benefício mais compensador para outro objetivo de política econômica”⁴⁰⁴. O reconhecimento e a condenação de um agente de mercado por violações de direito antitruste, em virtude de atos de predação, são raras e de difícil constatação, pois envolvem variáveis econômicas nem sempre percebidas pelo órgão regulador e revelam intenções que, muitas vezes, induzem a um ato que pode ser considerado vantajoso ao consumidor (registre-se que a defesa do consumidor é um dos princípios da atividade econômica, art. 170, V, CRFB/1988). Porém, a doutrina econômica tem considerado pacífico que a prática de preços abaixo do custo variável médio é incompatível com a questão dos atos pró-concorrenciais, vinculando, assim, a determinação de tais práticas predatórias, a partir dos preços praticados pelos players.

A sistematização das condutas predatórias de concorrência e de dominação de mercados pressupõe o caráter axiológico do Direito. A tutela pretendida pela ordem

⁴⁰³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2.ed. rev e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p.81.

⁴⁰⁴ Ibid., p.82.

concorrencial não se restringe a um conjunto de regras estanques subservientes à política econômica de um Estado. A pretensão das normas jurídicas habita no objetivo de resguardar os valores e a sociedade destinatária dos seus efeitos o realiza ao cumpri-las, além de poder compreender qual sua própria essência e comportamento. O esvaziamento daquilo que se finaliza assegurar reflete uma desconexão entre o aspecto pedagógico e transformador do Direito e o percurso de moldagem cultural que a legislação visa estabelecer. O valor em estudo – a concorrência (e não o mercado) – salta para além da noção de direitos meramente individuais de propriedade, pois gera resultados em uma coletividade institucional (de agentes econômicos ou consumidores) e as regras afetas à defesa da concorrência não impõem efeitos econômicos ou resultados, mas garantem que o equilíbrio de relacionamento dos agentes que interagem se dê de forma leal e a concorrência efetivamente exista⁴⁰⁵.

A positivação do sistema de defesa da concorrência tem origem no direito norte-americano, que inicia o marco legislativo antitruste com o Sherman Act, de 2 de julho de 1890, consolidada pelo Clayton Act, de 1914 e pela criação da agência antitruste americana (Federal Trade Commission), caracterizando-se pelo prestígio nas questões relativas à concentração de mercado, tais como a formação de monopólios⁴⁰⁶. O vanguardismo estadunidense influenciou sistemas jurídicos por todo o mundo, incluído o brasileiro, sendo que a maioria dos Estados só consolidaram suas legislações nas últimas décadas do século XIX.

Em solo nacional, nota-se uma fase fiscalista desapegada do desenvolvimento nacional e repressiva da liberdade de iniciativa e livre concorrência, focada, unicamente, na otimização exploratória dos recursos brasileiros, com o estabelecimento de um monopólio bilateral, que se sustentava na proibição de negociação com outros países que não Portugal e outorgava a esse a titularidade da venda de produtos europeus⁴⁰⁷. Somente com a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, iniciou-se um processo de inexpressivo desenvolvimento nacional sob os auspícios de um liberalismo bem peculiar com a abertura dos portos e do comércio às nações amigas, que experimentaram o poder da concorrência internacional. No período do Brasil independente, a ainda incipiente indústria nacional, recebia o subsídio estatal por meio das tarifas alfandegárias, insuficiente para fazer frente ao já estruturado empresariado

⁴⁰⁵SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas tendentes à dominação de mercados** – análise jurídica. 374p. (Tese apresentada pra concurso de professor titular de Direito Comercial – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 2001, p.52-53.

⁴⁰⁶MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Defesa da Concorrência**: política, sistema e legislação antitruste brasileira. São Paulo: Atlas, 2014, p.3-5.

⁴⁰⁷FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 5.ed.rev, atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.85-87.

europeu. A Carta de 1934 elevou ao quilate constitucional a liberdade econômica, com possibilidade de restrição em nome da justiça e das necessidades nacionais, proposta que recebeu maior força da intervenção estatal, no domínio econômico na Constituição de 1937, de inspiração autoritária, e manteve a liberdade de iniciativa com uma lacuna para a ação do Estado nos casos de controle, estímulo e gestão direta justificados pela manutenção dos interesses nacionais e da acumulação do capital.

Paula Forgioni esclarece que, diferentemente da tradição de outros países, a legislação antitruste brasileira não nasceu como elo entre liberalismo e concorrência, e sim como repressão ao abuso do poder econômico e com viés de proteção consumerista⁴⁰⁸. Isso se percebe na primeira legislação antitruste (Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938), cuja razão de ser era a proteção da economia popular. Já em 1945, tem-se o Decreto-lei 7.666 (Lei Malaia), com caráter nitidamente nacional, que criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, inovadora por permitir ao órgão administrativo a autorização de determinadas condutas (fusão, incorporação, etc) como requisito formal para sua legalidade.

Com a Constituição de 1946, o bem jurídico da concorrência a ser tutelado deixa de ser o consumidor e passa a ser a efetiva concorrência, marcado pela introdução, no texto constitucional, pela primeira vez, da repressão ao abuso de poder econômico⁴⁰⁹. Em 1962, foi promulgada a lei Nº 4.137, de 10 de setembro, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tendo a referida lei se embebido da nova linha de pensamento quanto ao direito antitruste, inaugurada pela Constituição de 1946, e trazido o debate sobre a taxatividade das condutas elencadas, no seu corpo legislativo, provocando uma posição do CADE, no caso Barrilha, quanto a prática do *dumping*, muito embora não arrolada como conduta anticoncorrencial, na lei, ser modalidade de abuso de poder econômico, por objetivar a dominação de mercados e a eliminação da concorrência⁴¹⁰. Com efeito, a legislação de 1962 não teve grande eficácia pelo forte intervencionismo que herdara das leis anteriores. A crise da década de 80 inseriu novos conceitos econômicos, a exemplo da eficiência, exigindo que o direito concorrencial ampliasse o horizonte de atuação dos órgãos reguladores para “(...) avaliar, além dos efeitos competitivos, os potenciais impactos no que se referia a ganhos de

⁴⁰⁸Ibid., p.99.

⁴⁰⁹Ibid., p.106.

⁴¹⁰FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 5.ed.rev, atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.112.

eficiência econômica, nos julgamentos de condutas horizontais e verticais, fusões, aquisições e *joint-ventures* das empresas”⁴¹¹.

O novo modelo de mercado, de abertura econômica e as teorias a ele aplicadas deram origem às Leis nº 8.158/91 e 8.884/94. A primeira criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico, no âmbito do Ministério da Justiça, vinculou a atuação do CADE à sua estrutura administrativa, e projetou uma maior autorregulação do mercado, no contexto de abertura econômica, sem deixar de lado a correção das falhas de mercado provenientes das condutas dos agentes econômicos, agora menos sujeitos a intervenção direta do Estado. Todavia, a conjuntura financeira e as políticas de governo contra a atividade empresarial desvirtuaram a essência da lei, que se transformou em um objeto de perseguição aos empresários que, aos olhos do governo, estavam auferindo lucros abusivos. A Lei nº 8.884/94 transformou o CADE em autarquia federal, organizou e sistematizou a legislação antitruste, implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, com dupla atuação: no Ministério da Fazenda, por meio da Secretaria de Acompanhamento Econômico, e no Ministério da Justiça, operacionalizada pela Secretaria de Direito Econômico⁴¹². Desde então, tem-se a continuidade de uma política antitruste no país, destacando-se o controle das concentrações empresariais e dos cartéis, o aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e o aumento da atuação do Ministério Público na área do direito antitruste⁴¹³.

Atualmente, a legislação antitruste vigente é a Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011⁴¹⁴, que reestruturou administrativamente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência-SBDC, disciplinou as infrações contra a ordem econômica, regulamentou o processo administrativo instaurado para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica e estabeleceu os requisitos para a aferição do controle de concentrações. Comparando-se com o regramento antecessor, a nova legislação pouco inovou em termos materiais e se destacou por reformular algumas atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico, por vincular a Secretaria de Desenvolvimento Econômico ao CADE, sendo esse agora subordinado ao Ministério da Justiça. Tratou, ainda, da imposição do dever de apresentação prévia dos atos de concentração, do aumento do poder da Administração

⁴¹¹MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Defesa da Concorrência: política, sistema e legislação antitruste brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014, p.56.

⁴¹²FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 5.ed.rev, atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.120-121.

⁴¹³Ibid., p.122.

⁴¹⁴Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

Pública, da modificação de cálculo por infração à ordem econômica e do aumento dos recursos materiais à disposição do SBDC⁴¹⁵.

Para a garantia da tutela axiológica pretendida pelo sistema constitucional, o Direito Concorrencial atua com três elementos protetivos na seara ordinária: a garantia de efetiva concorrência; a lealdade dessa concorrência e o equilíbrio das relações econômicas no mercado para fins concorrenciais. O primeiro elemento visa assegurar que haja um ambiente de atuação sem que isso signifique condutas tendentes à dominação de mercados, considerando-se o risco de perigo que a conduta ilícita representa e não o seu efeito real. Esse parâmetro de análise se afasta das tradicionais noções de enquadramento jurídico de comportamento considerar as intenções dos agentes frente aos seus concorrentes, revelando que o direito antitruste não se pauta, exclusivamente, na maximização da eficiência e nos resultados econômicos produzidos pelos atos que disciplina. Posiciona-se, em outra vertente, na valoração dos comportamentos, na existência de intenção em afetar oportunisticamente os concorrentes pela transferência deliberada dos custos de transação, pois essa conduta, por si só, já é suficiente para colocar em risco a higidez da concorrência⁴¹⁶. Naturalmente, o dolo não se pode presumir e demanda a sua comprovação em concreto, passível de realização pela demonstração, por meio de documentos internos comprobatórios das intenções do agente que indiquem a capacidade de atingir os resultados desejados, bem como pela utilização de dados econômicos que induzam à intenção do agente. Assim, “(...) o maior indício de que uma determinada conduta anticoncorrencial visa efetivamente a um objetivo anticoncorrencial é que seja possível atingi-lo”⁴¹⁷.

O segundo elemento representa uma necessidade de obtenção de êxito baseado unicamente na eficiência (e não em atos de captação de consumidores dos concorrentes com base em estratégias ilícitas) e um resguardo do direito à informação do consumidor⁴¹⁸. A lealdade de concorrência, portanto, retratada no seio constitucional, indica a observância de um dever ético que denote um padrão de lealdade quanto aos competidores de determinado ramo do mercado, definido no direito alemão como *Wettbewerbsregeln*. O vilipêndio a essa

⁴¹⁵FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 5.ed.rev, atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.123-124.

⁴¹⁶SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas tendentes à dominação de mercados** – análise jurídica. 374p. (Tese apresentada pra concurso de professor titular de Direito Comercial – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 2001, p.107-109.

⁴¹⁷SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas tendentes à dominação de mercados** – análise jurídica. 374p. (Tese apresentada pra concurso de professor titular de Direito Comercial – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 2001, p.109.

⁴¹⁸Ibid., p.60-61.

expectativa jurídica possui repercussão no âmbito penal, tratada no art. 195⁴¹⁹ da Lei Nº 9.279, de 14 de maio de 1996⁴²⁰, e no campo contratual de responsabilidade aquiliana, previsto no art. 209 da mesma lei⁴²¹, além de constar no art. 10 da Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, ratificada nacionalmente pelo Decreto Nº 1.263, de 10 de outubro de 1994. O texto convencional define o ato de concorrência desleal como qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial (art. 10, item 2), entretanto, deve-se ressaltar que a previsão de condutas, no campo da propriedade intelectual e comercial, não exclui outros atos que possam ser tipificados como infrações à ordem econômica, previstos no art. 36 da Lei Nº 12.529/2011.

O último elemento, objeto central desse trabalho, consiste no abuso de poder econômico com fins de ocupação de situação estratégica e de posição dominante no mercado. Tende a evitar que um agente se aproveite de uma posição de poder já existente por meio do

⁴¹⁹Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda, alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou se utiliza, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou se utiliza, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou o menciona, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou se utiliza, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos. § 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

⁴²⁰Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

⁴²¹Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal, não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. § 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória. § 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

embaraço da ação dos concorrentes ou se utilize de uma lógica empresarial absolutamente danosa, que vise eliminar a concorrência e criar posição de majoritariedade mercadológica, a exemplo da prática de preços predatórios⁴²². Com previsão constitucional, no art. 173, §4º e 5º, arts. 1º e 36, incisos I, II, III e IV da Lei Nº 12.529/2011, a repressão ao abuso do poder econômico configura-se como uma das linhas de atuação do SBDC no âmbito das infrações à ordem econômica.

No direito nacional, essa conduta ilícita é considerada anticoncorrencial conforme multifacetadas vertentes. A legislação brasileira parte de um critério consequencial para definir o abuso de poder como infração à ordem econômica. O art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011, assume uma responsabilização objetiva ao estipular que constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou de serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante. O legislador optou por seguir o paradigma da produção ou do risco da produção de efeitos, ainda que o intento não seja alcançado, em nome da integridade do sistema econômico-concorrencial e decidiu, no § 3º, do art. 36, estipular condutas, não exaustivas, que caracterizem, sem prejuízo de outras que configurem as hipóteses do art. 36, *caput*, infração à ordem econômica⁴²³. Os que combatem

⁴²²SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas tendentes à dominação de mercados** – análise jurídica. 374p. (Tese apresentada pra curso de professor titular de Direito Comercial – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 2001, p.62.

⁴²³Art. 36, §3º: As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou de serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou a prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou de serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou de serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo

esse critério entendem que não se deve valer de uma interpretação gramatical para identificar o propósito do legislador, sob o argumento de que o art. 36, *caput*, exige que seja comprovado o propósito explícito de promover os efeitos descritos nos incisos que se seguem. Daí porque é elemento fundamental a presença do dolo do agente (efeito desejado) por se tratar de uma infração formal e se rejeitar a ideia de uma infração de mera conduta, mais aproximada, portanto, das sanções de caráter moral, tais quais a omissão de socorro, racismo, etc⁴²⁴.

Muito embora o abuso de poder econômico possa se concretizar sob qualquer dos quatro efeitos elencados no art. 36, *caput*, dois deles ganham especial relevo por se aproximarem mais intimamente do objeto desse trabalho: a dominação relevante de mercado, de bens ou de serviços e o aumento arbitrário de lucros. Naturalmente, tais efeitos repercutem nos dois restantes, pois, por via reflexa, são a causa ou a consequência do prejuízo à livre iniciativa e do exercício abusivo da posição dominante. Assim, entende-se que, dentre as possibilidades positivadas pelo legislador ordinário, a prevista no art. 36, §3º (vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo) é conduta suficiente para causar os dois efeitos arrolados ou, potencialmente, lhes dar viabilidade anticoncorrencial. Frise-se, nessa mesma linha, que não é indispensável que o comportamento do agente esteja explicitamente previsto pela regra, bastando que sua conduta atinja ou tenha condições suficientes para atingir os efeitos previstos no art. 36, incisos I, II, III e IV. Portanto, mesmo que não haja, por exemplo, a prática de preços predatórios, mas seja verificada uma distorção no ciclo do produto ou do serviço que tenha relação com a redução dos custos e o consequente empoderamento econômico e abuso concorrencial, está justificada a atuação investigativa do órgão regulador respectivo – CADE - e a punição adequada ao agente infrator.

O poder econômico é um dado ínsito à realidade econômica. É uma recompensa do mercado pela sagacidade e pela argúcia ativa no amplo processo de produção, de venda, de redução de custos, no relacionamento com fornecedores, clientes e concorrentes, na adoção de

indeterminado em razão de recusa da outra parte em se submeter a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

⁴²⁴TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira** – A Lei nº 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência. São Paulo: Método, 2012, p.150.

novas tecnologias e modelos de gestão empresarial. O empoderamento que se operacionaliza pelas vias legítimas não é proibido pelo direito brasileiro, restando impedido o seu uso ou o seu abuso para fins contrários ao permitido pela normatividade concorrencial, ou, seja, a criação “(...) para os demais competidores, consumidores ou mesmo agentes atuantes em outros mercados uma posição de sujeição à conduta e aos preços por ele impostos⁴²⁵”. Assim, o mero privilégio de posição no mercado não é suficiente para indicar que o agente obteve tal destaque mediante um ilícito concorrencial (conduta reconhecida, no art. 36, §1º, da Lei nº 12.529/2011, como admissível, desde que calcada no conceito de eficiência), presumindo-se uma relação objetiva de causa e de efeito, de modo que o objetivo da repressão direciona-se no abuso da posição diferenciada contra os consumidores, ou seja, em uma conduta empresarial quanto ao nível dos preços. Para se configurar um abuso de mercado, deve-se comprovar - pelo método indireto - a existência um mercado relevante, ou seja, o monopólio de uma parcela significativa do total de participação comparado às cotas das empresas concorrentes, à análise do grau de concentração do mercado específico e aos obstáculos à entrada de novos atores, além de outros requisitos que denotem a falta de incômodo concorrencial sobre o agente investigado. Além disso, diretamente, o poder abusivo de posição no mercado pode ser aferido desde a prática de preço acima do custo marginal⁴²⁶, definido como aquele que os compradores estão dispostos a pagar, em face do binômio utilidade e necessidade.

O art. 36, §2º, da Lei nº 12.529/2011, ao discutir o tema do mercado relevante e da conduta empresarial, presume que ocorre posição dominante sempre que uma empresa ou um grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. Ora, a definição de posição dominante no mercado demonstra a capacidade de ação autônoma e independente dos demais concorrentes, externada pelo critério do *market share* ou pela conjugação da parcela significativa de mercado com “(...) a disponibilidade de conhecimento tecnológico, matéria prima ou mesmo capital disponível, o que determina seu poder sobre preços ou o controle sobre a produção e distribuição dos produtos em questão (...)”⁴²⁷.

⁴²⁵GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.58

⁴²⁶SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência** – Uma introdução jurisprudencial. Lisboa: Almedina, 2008, p.581-583.

⁴²⁷BUCHAIN, Luiz Carlos. **O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006, p.61.

O abuso de poder econômico é, em melhor análise, uma das variadas faces do desrespeito à função social da propriedade e dos contratos (inclusive trabalhistas). Nesse contexto, o titular da posição, ao ignorar todas as premissas constitucionais que informam a ordem constitucional, causa restrição à liberdade de iniciativa, à livre concorrência e proporciona “(...) apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial (...)”⁴²⁸. A apreensão revelada por Sérgio Varella Bruna leva em conta a apropriação de rendas efetivas e potenciais e se justifica metodologicamente por considerar que o agente obtém vantagem imediata e futura, sendo um exemplo desse benefício potencial o *dumping* com resultados reais após a eliminação da concorrência⁴²⁹.

Conforme já antecipado em seções anteriores, a apropriação das rendas significa não apenas abuso do poder econômico implica, igualmente, incremento dos lucros sem que haja um esforço de eficiência produtiva, um dano à livre iniciativa e à livre concorrência. Melhor: o raciocínio mais adequado é que só ocorre o abuso de posição dominante punível pelo direito concorrencial caso esses dois efeitos sejam objetivamente perceptíveis. A hipótese do aumento arbitrário de lucros dá-se pela via do aumento excessivos dos preços pelas corporações com prejuízo aos consumidores, que ocupam uma posição monopolística. Essa situação é a mais aceita pela doutrina e pelos precedentes do direito antitruste, sendo de investigação com menor nível de dificuldade, caso comparada à modalidade que se segue, tendo em vista que está associada à outra conduta (cartel, monopólio e *price-squeeze*⁴³⁰, por exemplo) e não se trate de ação eminentemente autônoma – embora esteja disposta dessa maneira no art. 36, inciso III) -, afinal, a prática de preços acima do mercado, de *per si*, não é um ato ilícito.

A segunda hipótese, de alto nível de defesa no enquadramento do direito concorrencial e, por conseguinte, no espectro de investigação pelos órgãos reguladores, fundamenta-se na eliminação dos custos tidos como fixos e obrigatórios, notadamente legais, situação que não se configura como mérito de eficiência, tampouco avanço técnico que melhore o

⁴²⁸BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.177.

⁴²⁹Ibid., p.178.

⁴³⁰O *price-squeeze* ou prática de estrangulamento das margens dos concorrentes ocorre quando “(...) um *player* situado no nível de montante de uma cadeia industrial fornece um insumo essencial para seus “clientes-concorrenes” (não integrados verticalmente) no nível a jusante da mesma cadeia industrial, sendo o preço para tal insumo praticado aos concorrentes é injustificadamente superior ao seu custo marginal, ao mesmo tempo que o preço para o mesmo insumo praticado aos consumidores (usuários finais do produto) é inferior ao custo marginal”. (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.150).

produto/serviço e beneficie todos os participantes do mercado, sejam vendedores, compradores ou trabalhadores. A dificuldade de se interligar essa situação justifica-se pela pulverização da conduta por toda a cadeia produtiva e por não existirem estudos mais aprofundados, na literatura antitruste, sobre a correlação e a interpenetração proativa entre o Direito do Trabalho e o Sistema de Defesa da Concorrência. Já se demonstrou, jurídica e economicamente, que o trabalho, a livre iniciativa e a concorrência, além de integrarem os fundamentos e os princípios norteadores da ordem econômica e se situarem, no mesmo plano de tratamento constitucional, comunicam-se, no processo de formação dos preços (a partir da visão de custos já explanada), instituto basilar da disciplina do direito econômico. É possível falar-se, atualmente, em um Direito Concorrencial do Trabalho, inaugurador dessa nova fase de possibilidade de atuação do CADE e dos órgãos judiciais e ministeriais, no intuito de dispor em linha conjunta de atuação as instâncias de poder adequadas para ampliar o leque de investigações e de julgamentos de condutas tradicionalmente vistas como possíveis. Registre-se que o *caput* do art. 36 da lei em debate possui uma elasticidade normativa explícita ao consagrar a expressão os “**atos sob qualquer forma manifestados**” (grifo nosso) como suficientes à configuração de infração da ordem econômica, considerados os demais elementos dos tipos legais. Atos de gestão empresarial que digam respeito ao descumprimento da legislação trabalhista e previdenciária que repercutam, no preço final do produto, sejam convertidos em vantagem competitiva frente aos concorrentes e se enquadrem, na modalidade de efeitos produzidos ou possíveis, podem e devem integrar o conjunto de condutas anticoncorrenciais, mesmo que a contrário *sensu* dos precedentes mantidos pela Secretaria de Direito Econômico e pelo CADE.

A leitura do art. 36 engendra uma interpretação literal e outra extensiva. Literal porque o enunciado prescritivo por si só já autoriza a investigação de todo e qualquer ato manifestado que tenha por objeto ou possa produzir efeitos na estabilidade concorrencial. O ato de gestão da relação empregatícia pode se revelar de duas formas: em desacordo com os padrões legislativos ou dessintonizados dessa lógica. Em ambos os casos, tem-se uma manifestação comissiva ou omissiva. Desde que os atos positivos ou negativos, no exercício do poder potestativo patronal, sejam, deliberada ou potencialmente, capazes de atingir objetivamente as condutas desleais, o dispositivo supre eventual omissão legislativa que mencione expressamente direitos trabalhistas como lastros de atuação investigativa dos órgãos regulatórios e judiciais. Em segundo lugar, a interpretação extensiva ou elástica se sustenta em razão do Estado Constitucional de Direito submeter toda a validade do ordenamento jurídico ao crivo judicial, no caso concreto, a exemplo do sistema difuso de controle de

constitucionalidade e das interpretações principiológicas recorrentemente operacionalizadas pelo Poder Judiciário. O alargamento do alcance interpretativo do art. 36 para temas laborais vislumbra, assim, a teleologia pretendida pelo legislador, sem desprezar a literalidade, mas, tal qual procedeu Pórcia, tem um objetivo voluntarista, resultante da consciência e da justiça, isto é, um uso alternativo do direito, por intermédio do manuseio de princípios gerais e de critérios morais, dentro do espaço da dogmática, sem que isso implique questionamento de validade da regra, mas, antes, resgata-a e a afirma, sob o véu da interpretação e da leitura só se sustentar ante a aquisição de real sentido dos textos jurídicos⁴³¹.

Excluir qualquer possibilidade de investigação de sonegação de direitos sociais e previdenciários, na relação de emprego, como fato gerador de uma vantagem competitiva equivale à negação da existência da lei interpretada e à tentativa de se inserir uma razão prática no Direito, pois a manobra interpretativa de Pórcia “(...) evidenciaria que, quando se busca a justiça – e não a vingança -, a dimensão formalista da lei mostra-se insuficiente e, portanto, deve ceder à equidade, especialmente em face da importância que os valores éticos assumem na aplicação do direito”⁴³². Logo, o reconhecimento de uma função concorrencial do direito do trabalho pela via da interpretação teleológica, extensiva e literal do art. 36 não implica um sentido de vingança contra os agentes que não cumprem a legislação trabalhista e, assim, beneficiam-se de uma margem comercial de custos não repassados ou repassáveis ao valor final do produto ou do serviço. Trata-se de uma questão de justiça com todos os demais *players* que observam a legislação, independentemente de sua qualidade e sua eficiência, destinatários de danos, em razão de sua atuação no mercado, pelo simples fato de cumprirem com os encargos determinados pelo sistema jurídico.

Uma ressalva deve ser feita: não há objeção com a persecução do lucro e da competitividade no cenário concorrencial. Em um ambiente de produção capitalista e de ordem econômica que prima pelo bem-estar dos consumidores e pela integridade da livre concorrência, que se move pelo dinamismo, ele deve ser homenageado, por ser a razão de ser da iniciativa privada e o maior estímulo dos que se enveredam pela atividade empresarial. As trocas voluntárias, o surgimento de novas tecnologias e a especialização da mão de obra estão diretamente vinculadas à liberdade e às ilimitadas possibilidades de ganhos dos que investem tempo, recursos e assumem o risco de atuarem no mercado. Setores atrativos são aqueles que oferecem lucratividade real e, conseqüentemente, são os que mais se expandem por

⁴³¹TRINDADE, André Karam. Pórcia e os limites da interpretação do Direito. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 19, p. 755-786, 2014, p.779.

⁴³²Ibid., p.778.

conseguirem atingir as necessidades humanas. Porém, o lucro é um direito subjetivo das pessoas físicas e jurídicas que, abusado, transmuta-se em ato ilícito, nos termos do art. 187, do Código Civil Brasileiro. Na mesma lógica, o poder diretivo do empregador possui limites jurídicos e éticos que lhe dão freios diante de arbitrariedades praticadas. Ainda que se alegue que as relações empregatícias foram ajustadas com o empregado ou o sindicato, nos moldes ilicitamente flagrados, e aquiescidas pelos trabalhadores, no intuito de se manter empregos e se oferecer mais postos de trabalhos, não se estará diante de um direito, mas de um abuso de direito e essa foi a razão da ruína de Shylock. Desse modo, para o Direito Concorrencial, a mera constatação de posição dominante ou de aumento de preços, sem que haja o prejuízo (ou o risco de sua existência) à livre concorrência, não é suficiente para que se conclua que o agente de mercado cometeu infração à ordem econômica⁴³³.

Um caso em particular interessa ao presente estudo: a definição do *dumping*, reconhecido nacionalmente pelo art. 36, §3º, inciso XXV, da Lei nº 12.529/2011, que consiste na afetação da concorrência e dos consumidores, desestabilizando um mercado, por meio da prática de preços predatórios praticados (*underselling*) por seus agentes. O comportamento de vender abaixo do preço de custo, com tendência à dominação de mercados ou de setores, se for o caso, visa a colocação privilegiada dentre os atores econômicos, excluída as situações excepcionais de caráter transitório que não tenham potencial ofensivo à ordem econômica, a exemplo das promoções que entabulem preços inferiores da concorrência ou doações de produto como uma estratégia curta de venda⁴³⁴. A conduta é vista como abuso do direito de ação eficiente no mercado, pois o agente causador do dano ataca os concorrentes ineficientes e os eficientes incapazes de suportar a ação predatória, seja por observar os parâmetros éticos concorrenciais ou por cumprir integralmente as legislações que incidem sobre toda a cadeia de produção e de comercialização dos produtos e dos serviços.

O dano real ao consumidor não exsurge imediatamente e, em um primeiro momento, aparenta uma situação de vantagem a esse, que desconhece os detalhes e as peculiaridades do mercado que fornece o bem/serviço ora adquirido. Nessa conduta, há um sacrifício temporário e deliberado dos lucros do agente praticante da conduta, no intuito de eliminar seus concorrentes e se manter numa posição dominante, na qual poderá aumentar arbitrariamente os lucros e recuperar os dividendos perdidos por ocasião da ação desleal. O problema de

⁴³³ GIANNINI, Adriana Franco *et al.* ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI Vicente; PAGOTO, Leopoldo. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012, p.120.

⁴³⁴ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006, p.92.

aferição dos custos, para fins concorrenciais, está na dificuldade de computação e de aplicação ao preço final, principalmente se o agente produz uma gama variada de itens e participa de mercados diversos⁴³⁵. Dois métodos são utilizados para a identificação de preços predatórios: o *short-run marginal cost* – SRMC (Arreda-Turner Test) e o *average variable costs* – AVC. Sobre o tema, cabível o comentário de Buchain ao definir a primeira e a segunda tipologia⁴³⁶:

(...) define-se que o preço mais baixo do que o custo marginal razoavelmente antecipado no curso prazo, será predatório (...) A definição de custo marginal, por sua vez, é o aumento no custo total de uma empresa, ocasionado produção de uma unidade extra.

(...) Alternativamente aplica-se o conceito de “average variable costs-AVC”, ou custo médio variável, em lugar do custo marginal no curto prazo, levando à conclusão de que os preços fixados como antecipação razoável de custos variáveis médios são preços legais; os preços abaixo do nível razoável de antecipação do custo médio são presumivelmente ilegais.

Dentre as espécies tradicionais previstas na literatura, destacam-se o *dumping* esporádico, o *short-run* e o permanente⁴³⁷. A tipologia esporádica “ocorreria em situações excepcionais, como da necessidade de vender excesso de estoque, e não traria implicações negativas”⁴³⁸, enquanto que a permanente “seria aquele mantido por longo período de tempo, e poderia ocorrer quando o mercado exportador fosse protegido, enquanto o mercado importador fosse competitivo”⁴³⁹. Quanto ao *dumping* de curto prazo, de cunho negativo, teria o condão de prejudicar os custos fixos dos concorrentes, que “aguardariam o fim da prática de *dumping*, e não promoveriam a relocação dos recursos produtivos para outro setor econômico (...)”⁴⁴⁰.

As ocorrências de *dumping* tem se apresentado sob novas modalidades, incomuns, comparativamente, ao que a legislação da defesa da concorrência está habituada a tratar, dentre as quais destaca-se o *dumping* social, a ser tratado, no próximo capítulo, com maiores detalhes. Contudo, para que se visualize a percepção do *dumping* social, no cenário regulatório brasileiro, a seguir será abordado o papel dos agentes econômicos, visto sob a perspectiva da responsabilidade social e da governança corporativa, ou melhor, a leitura

⁴³⁵Ibid.,p. 92.

⁴³⁶Ibid, p. 92.

⁴³⁷BARRAL, Welber Oliveira. **Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação antidumping após a rodada do Uruguai**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.11.

⁴³⁸Ibid., p.11.

⁴³⁹BARRAL, Welber Oliveira. **Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação antidumping após a rodada do Uruguai**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.11.

⁴⁴⁰Ibid., p.12.

constitucional da atuação dos agentes privados, no contexto da ordem econômica, e a sua responsabilidade na gestão dos custos laborais.

4.3 RESPONSABILIDADE CORPORATIVA E O DEVER DE LEALDADE NA GESTÃO DOS CUSTOS TRABALHISTAS

A empresa, dentro do Estado Social no qual está inserida, está submetida a uma regulação conceitualmente aberta, dotada de elasticidade cognitiva acerca da *função social* do contrato e da propriedade que carece de maiores contornos propriamente legais e jurisprudenciais com o fito de lhe conferir solidez jurídica, sob pena de servir como linha de defesa a atos de ingerência, na vida econômica, que objetivam unicamente dispor do aparelhamento do Estado para incutir e impor condutas estranhas ao pretendido pelo legislador. De todo modo, há exigência legal para que se mantenha uma ação ética, voltada à complementariedade entre a atividade econômica e o respeito aos valores do bem comum, envolvendo direitos, obrigações e interesses referentes a temas que conjugam a gestão da livre iniciativa e os pressupostos de atuação do empresário junto ao mercado, aos seus empregados e ao Estado. O modelo híbrido sócio-liberal, preconizado pela Constituição da República, afasta a liberdade econômica absoluta para consagrar o condicionamento do direito de propriedade aos benefícios sociais que possa trazer. Esse ponto de equilíbrio constitucional admite e assegura a livre iniciativa, no âmbito da atividade econômica, desde que haja uma proposta teleológica de empreendimento que se alinhe aos ditames da justiça social.

É impossível se cogitar que o crescimento e o desenvolvimento econômico não passem pelo estímulo à livre iniciativa, instrumento de reconhecimento e de legitimação jurídica do empreendedorismo. Foi por se perceber a capacidade humana de vislumbrar novas formas de consumo e melhorias nas condições de vida que o mundo experimentou uma verdadeira revolução tecnológica no último século. A dinamicidade de ideias que são próprias da iniciativa privada caminha de mãos dadas com a expansão do conhecimento e a especialização da força de trabalho, pois não há empresa sem empregados. Verifica-se, portanto, que quanto mais cresce a necessidade e a demanda humana por um produto ou por um serviço que ganhou a simpatia ou a dependência dos seus consumidores, mais postos de trabalho são criados e mais robustez econômica se promove. Não há invenção, descoberta de novos tratamentos médicos, otimização de serviços e de técnicas, na história da humanidade, que não tenham passado pela motivação de lucratividade e de inovação, de modo que, se um

Estado tiver bons índices de desenvolvimento humano, não deve, jamais, esquecer a liberdade econômica e o poder do empreendedorismo nas transformações sociais⁴⁴¹.

O exercício da atividade empresarial denota uma das variadas formas do direito de propriedade que, afetada pela doutrina da função social da empresa, deve gerir seus negócios junto aos consumidores, aos fornecedores, aos concorrentes, aos trabalhadores e a todos aqueles que sejam conectados, direta ou indiretamente, pela execução da atividade empresarial, balizados pela bússola ética de uma economia solidária e pelos frutos do fenômeno da constitucionalização do direito privado e da civilização do direito constitucional, cujos valores maiores são a responsabilidade social e a governança corporativa⁴⁴². Trata-se de uma nova roupagem de condução da atividade empresarial, que não se desvincula do seu objetivo principal – a produção e a persecução pela lucratividade –, e, ao mesmo tempo, insere o empreendimento como um objeto de valor a partir das condutas positivas ou condenáveis que têm e são divulgadas aos consumidores, revertendo esse agir ético em benefícios econômicos, dado que a empresa é “(...) parte responsável por um ambiente e uma sociedade”⁴⁴³. A finalidade empresarial, no contexto da ordem econômica, está prescrita como um fim social que deve ser visto consoante o sopesamento entre a sua função primária de produção de bens e de serviços para o atendimento das necessidades do mercado, a geração de empregos com remuneração adequada e a limitação de lucros e de preços abusivos. O marco constitucional de empresas engajadas no progresso social agrega valor econômico às boas práticas e imprime uma motivação humanista à atividade empresarial, agora, contextualizada dentro de uma Economia de Comunhão, que entende a propriedade privada e o lucro, perante uma visão comunitária de um relacionamento saudável entre economia, sociedade e solidariedade⁴⁴⁴.

⁴⁴¹Segundo o estudo 2015 *Index of Economic Freedom – Promoting Economic Opportunity and Prosperity*, publicado pela *The Heritage Foundation*, o Brasil é o 118º país (dentre 178 mapeados) em liberdade econômica, com pontuação 56.6, considerado majoritariamente não livre, de acordo com os parâmetros do levantamento, que considera os seguintes itens: liberdade de empreendimento, liberdade de negociação, liberdade fiscal, gastos governamentais, liberdade monetária, liberdade de investimento, liberdade financeira, direitos de propriedade, índice de corrupção e liberdade de trabalho. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/pdf/2015/book/Highlights.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

⁴⁴²ANDRADE, Artur Fontes de. A governança corporativa e a função social da empresa. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.101-127, p.107-108.

⁴⁴³LEAL, Alyson da Silva. Regulamentação e conscientização da responsabilidade social no mundo globalizado. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.45-80, p.63..

⁴⁴⁴SOUZA, Carlos Aurélio Mota da. Organização empresarial à luz da ordem econômica constitucional. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.156-175, p.162-163, 172.

A ideia de responsabilidade social e de governança corporativa referem-se às condutas empresariais que refletem, no aspecto externo, ou seja, no relacionamento com terceiros, e, no aspecto interno, quando versam sobre a boa gestão interna que assegure uma melhor distribuição das decisões tomadas pelas companhias. As duas categorias congregam condutas que integram a noção de função social, pois, segundo elas, as empresas devem observar os comandos legais e contratuais quanto ao recolhimento de tributos, ao respeito à legislação trabalhista e ambiental e, também, funcionar como agentes promotores da sustentabilidade⁴⁴⁵. Insuficiente, porém, que se observem os comandos legais para a formação do conceito de reponsabilidade social. A simples observância das obrigações contidas, no direito positivo, atende ao critério da função social, mas a responsabilidade social presume que a empresa, além da função social, proporciona “(...) uma gama de benefícios sociais para a sociedade, com o intuito de se promover a valorização da dignidade humana, comprometendo-se, inclusive, com a eficácia da aplicação desses recursos financeiros e/ou materiais (...)”⁴⁴⁶. Cite-se, por exemplo, na esfera trabalhista, que o empregador comprometido com a responsabilidade social, não apenas cumpre com a legislação trabalhista, com os deveres contratuais individuais e com os diplomas negociados coletivamente da categoria, mas promove, no ambiente de trabalho, uma política de valorização dos seus empregados, seja quanto à saúde, quanto ao estímulo da produção sem o esmagamento da dignidade, à criação de mecanismos que envolvam a meritocracia com as contraprestações correspondentes, bem como promove, por fim, a acessibilidade de oportunidades aos grupos que não dispõem de igualdade de condições, a exemplo dos deficientes.

Além de revelarem o alinhamento com as pilastras da ordem econômica, dentro do modelo de Estado e de Economia nacionais, tais práticas ao atuar, consequentemente, dotam de eficiência suas trocas no mercado, melhoram e habilitam economicamente a imagem da companhia frente aos *stakeholders* e situam os agentes, em uma posição de concorrência leal, pautada por uma competição fundada na otimização sem danos, no reduzir sem denegrir, no melhorar sem deteriorar as condições de existência dos sujeitos que cooperam com o trabalho subordinado. Registre-se que, no caso da governança corporativa (típicas das Sociedades Anônimas), as boas práticas não são exigidas por lei, mas pelo próprio mercado, que qualifica positivamente, no mercado de capitais, as empresas que adotam códigos de ética que

⁴⁴⁵ ANDRADE, Artur Fontes de. A governança corporativa e a função social da empresa. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coelho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.117-118.

⁴⁴⁶ ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na Ordem Econômica** – Princípios e Função Social. Curitiba: Juruá, 2009, p.97.

prestigiam a transparência na tomada de decisões e no relacionamento com acionistas, conselho, diretoria e auditoria, conferindo segurança quanto ao retorno financeiro dos investimentos⁴⁴⁷.

Diante das questões apresentadas que envolvem a inexorável realidade das leis do mercado e a compatibilização com a normatividade do direito econômico, há o perfil diferenciado de algumas organizações empresariais, cujas ações não desprezam o legítimo desejo de obtenção de êxito entre os concorrentes e de expansão das suas atividades, contudo se reinventam e se reorientam para uma ação e uma reação ética em relação à concorrência, aos empregados, ao meio ambiente, ao Estado e aos consumidores. O mito da impossibilidade de convivência entre a eficiência econômica e a ética do desenvolvimento se dissolve diante dos padrões que a autorregulação dos mercados impõe aos seus agentes como mecanismo de transparência, de boa-fé e de equidade na condução dos seus negócios. O desenvolvimento das relações econômicas sob o manto da eticidade encontra abrigo, nas modernas proximidades entre Direito e Moral e na universalidade dos deveres esperados pelos ordenamentos jurídicos. Nesse ponto de vista, há uma moral e uma ética corporativas, constituintes de um código de alinhamento com valores e normas vinculantes, no interior das empresas, em favor de condutas efetivamente tidas em decorrência do conjunto que se plasmou como justo. A força dos códigos estipulados pelo mercado e pelas empresas como projeções e expectativas de conduta junto aos demais participantes da vida econômica é uma das alternativas ao combate de questões que tangenciem a concorrência leal.

Incumbir-se socialmente pela direção de uma atividade econômica – força motriz e responsável pelo desenvolvimento nacional – carrega consigo o dever de assumir a legitimidade das intenções que estimulam o empresário. A defesa feita, diante de todo esse cenário, não é no sentido do empresário traduzir-se em redentor da coletividade ou da vida em sociedade. O discurso da função social da propriedade e do contrato não pode ser esvaziado de sentido a ponto de lícito o cabimento de quaisquer tipos de encargos utópicos àqueles, constantemente, desafiados naturalmente na sua capacidade de sobrevivência em ambientes já tão desfavoráveis ao empreendedorismo. As contribuições para uma vida comunitária mais equânime devem partir da ideia de alteridade e de relacionamento salubre, nas diversas áreas da vida, tendo-se ciência de que as decisões corporativas irradiam para todo o tecido social, em movimento cíclico, e reverberam, no processo inverso e reverso, para as organizações

⁴⁴⁷ ANDRADE, Artur Fontes de. A governança corporativa e a função social da empresa. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.119-121.

empresariais. Tão logo o mercado deixe de ser uma arena de trocas econômicas sem análise das externalidades negativas, as vivências e as ações nele produzidas para funcionarem como púlpitos de criação de riqueza e de promoção do ser humano, simultaneamente, atingirão o equilíbrio da relação de forças que o informam e haverá, por conseguinte, a natural efetivação da tão festejada função social dos contratos e da propriedade. Daí é que germinará uma cultura de ética dos princípios, antropocêntrica e resgatadora da esperança de salvação e de proteção de um ecossistema social, espiritual e ambiental⁴⁴⁸.

A gestão das questões laborais juntos aos empregados e aos órgãos públicos com atribuições e competências trabalhistas, no novo modelo de responsabilidade social e governança corporativa, indica o nível de comprometimento dos empregadores com as expectativas criadas pelos atores econômicos quanto ao princípio informativo da valorização do trabalho humano no subsistema constitucional econômico e financeiro. Nesse ponto, insta destacar – e isso já foi tangenciado em linhas pretéritas – que o trabalho recebeu tratamento especial no texto constitucional de 1988. O contexto econômico, no qual se erigiu a ordem política vigente, foi de tensão e de instabilidade de mercado com fortes recessões que se estenderam pela década de 80. De um lado, a moeda oscilava com consequências para as políticas de salário e, sendo assim a ambiência para o empreendedorismo não era favorável frente ao quadro político e inflacionário pelo qual atravessava o país, e, por outro lado, as greves gerais de 1983, 1986, 1987 e 1989, conduzidas pela CUT, USI, CGT-Confederação e CGT-Central, reclamavam no período pré-constituente pela “(...) preservação do poder de compra dos salários e a defesa das garantias trabalhistas conquistadas no passado, tentando-se, quando possível, estender tais benefícios a todos os assalariados”⁴⁴⁹.

O resultado foi uma extensa normatização de direitos sociais que se estende, desde os fundamentos da República, perpassa por um rol extensivo de direitos trabalhistas e deságua como um dos sustentáculos da ordem econômica e financeira, cuja mensagem é de conexão com a metarregra da dignidade, arrastando consigo uma plêiade de direitos e de deveres fundamentais. Particularmente quanto à atividade econômica, além da teleologia de dignificação do trabalhador, a valorização do labor humano constitui-se como princípio impositivo de seu exercício. O significado dessa composição não só responsabiliza a estruturação e o funcionamento da ordem econômica e financeira, como empresta um poder

⁴⁴⁸SOUZA, Salim Reis de. A ética e a função social pluridimensional nas organizações empresariais. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêcho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.557-583, p.573.

⁴⁴⁹SILVA, Paulo Henrique Tavares. **Valorização do Trabalho como Princípio Constitucional da Ordem Econômica Brasileira** – Interpretação Crítica e Possibilidades de Efetivação. Curitiba: Juruá, 2003, p.105.

axiológico de prestígio à ordem social, na literalidade do art. 193 da CRFB/1988, como primado do trabalho e objetivo do bem-estar e da justiça social. Portanto, a inserção do direito do trabalho, no âmbito das relações sociais e econômicas, confere-o um duplo caráter: de proteção do prestador do serviço, na modalidade empregatícia, e de direcionamento da atividade econômica, integrando, de certo modo, a compreensão e a institucionalização do direito econômico⁴⁵⁰.

Aos empregadores, a mensagem constitucional é clara quanto à impossibilidade de condução e de gestão dos empreendimentos sem a atenção aos desígnios da justiça social irradiada pelo equilíbrio valorativo, do art. 170, e pela prevalência da excelência do trabalho o que violaria e comprometeria as bases da ordem econômica. A responsabilidade corporativa, amplamente reconhecida nas esferas internacionais, transnacionais e em toda a cadeia do direito multiordenado, atinge o Estado, na condição de empregador, e os agentes privados na consecução de suas atividades juntos aos seus subordinados. O reconhecimento de vida jurídica às empresas estende à sua existência obrigações e responsabilidades que os indivíduos detêm na vida real, considerada essa a ficção jurídica a atribuir feixe de direitos às atividades empresariais, e que, tratando-se de direitos humanos fundamentais, resumem-se aos deveres tripartites de respeitar, de proteger e de realizar (*fulfil*), cujas origens residem na tipologia de Henry Shue: evitar a privação de um direito, proteger a pessoa da privação do seu direito por terceiros e auxiliar o sujeito privado do seu direito que não tem condições de, *per si*, realizá-lo⁴⁵¹.

Ressalva referente ao tema deve ser feita. Não é exatamente o trabalho desregrado que confere dignidade e existência ao trabalhador e conformação moral à ordem econômica. Mais uma vez se está a tratar do trabalho decente, que se distancia das jornadas exaustivas e da obliteração de patamares mínimos de recompensa do labor. Na verdade, a relação entre trabalho e dignidade não é simétrica, pois quanto mais se trabalha, menos digno se é⁴⁵². Traduz-se: nas hipóteses em que o trabalhador opta por um posto de emprego para ‘ganhar a vida’, acaba a perdendo ou comprometendo parcialmente as suas funções vitais com doenças profissionais, ocupacionais ou acidentes do trabalho. Nesse caso, não há configuração da

⁴⁵⁰Em sentido contrário, uma corrente mais conservadora da doutrina trabalhista entende que esse ramo do Direito, ainda que possua repercussões de natureza econômica, não pode ser confundido ou integrar as fileiras do direito econômico, por se caracterizar eminentemente pela essência protetiva ao trabalhador. Nesse sentido, cf. BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O particularismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

⁴⁵¹AMATO, Lucas Fucci. **Constitucionalização Corporativa: Direitos Humanos Fundamentais, Economia e Empresa**. Curitiba: Juruá, 2014, p.291.

⁴⁵²HASSON, Roland. O Estado, a atividade econômica e a sociedade globalizada. VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (coord.). **Estado & Atividade Econômica – O Direito laboral em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2007, p.40-52, p.42.

valorização do trabalho humano. O princípio adequado a uma ordem jurídica trabalhista justa pressupõe que o sujeito de direitos trabalhe para viver e não viva para trabalhar e isso repercute no comportamentalismo corporativo de não lidar com o labor como mercancia ou convertê-lo em vantagem competitiva, salvo nas hipóteses legais autorizadas (dentre as quais, exemplificativamente, os contratos a termo, as jornadas de trabalho em tempo parcial e outras demais espécies contratuais excepcionais, admitidas pela legislação).

Cada mercado e setor da economia possuem particularidades concorrenciais, jurídicas e tributárias. Por uma opção política do Estado, determinados produtos podem ser objeto de maior exação, com variabilidade fiscal de alíquota, para induzir o desenvolvimento do setor, a produtividade e o aquecimento da produção e do consumo, desde os fornecedores de *commodities* até a comercialização final. Do ponto de vista trabalhista, não há, no Brasil, tal flexibilidade em razão da atividade desempenhada, ocorrendo, no máximo, formas diferenciadas de recolhimento previdenciário e fiscal quanto ao tipo societário adotado. Isso quer dizer que não há flexibilidade de contratos de emprego ou de menores encargos sociais que considerem a necessidade do setor de indução normativa trabalhista para o seu desenvolvimento, de modo que o tratamento dos direitos sociais é o mesmo tanto para a transnacional que instala sua unidade produtiva, em território nacional, quanto para o pequeno empreendedor.

Em todos os casos, os empregadores devem se subsumir aos preceitos de lealdade concorrencial e de abstenção do abuso de poder econômico (para as grandes corporações, por óbvio), bem como de visão, no trabalho decente, de uma modalidade de responsabilidade social, ainda que o Estado não estimule o crescimento econômico com subsídios fiscais quanto à folha de pagamento. O ônus da efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas ficou a cargo dos agentes privados, tendo o Poder Executivo se limitado a enunciar um verdadeiro emaranhado de regras trabalhistas, tributárias e previdenciárias, que preveem, basicamente, alguns direitos (e poucos deveres) aos empregados, obrigações de toda sorte aos empregadores e quase nenhum estímulo de desoneração de custos legais trabalhistas tidos como direitos dos trabalhadores, mas que ficam em poder do Estado, e de acesso imediato impedido, salvo em casos específicos, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, instituído pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, por exemplo.

O manejo dos temas trabalhistas é margeado por complexidades que saltam aos olhos. Fazer a gestão dos aspectos sociológicos, psicológicos e econômicos de uma relação laboral exige do empreendedor uma vocação à paciência. Além de ter o dever de vigilância para que todos os direitos constitucionais de saúde, econômicos e sociais do trabalhador, sejam

atendidos, o empregador se depara com um cenário de reduzido campo de negociação e de elevada intervenção estatal, tanto pelo espectro da tutela legal quanto pelos encargos dos quais se apropria, o que resulta em um alto índice de conflitos laborais e de instabilidade sociosetorial.

Veja-se o caso da construção civil. Dentre os variados ramos produtivos, a construção civil é um dos ramos mais promissores da indústria nacional⁴⁵³. O posicionamento, no âmbito econômico, é considerado pró-cíclica, isto é, as variações da economia (para níveis positivos ou negativos) afetam ou estimulam diretamente o setor específico. É segmentada por nichos de atuação, residenciais ou edificações, comerciais ou empreendimentos, construção pesada ou infraestrutura, com faturamento anual de, aproximadamente, R\$ 180.000.000.000 (cento e oitenta bilhões de reais)⁴⁵⁴. Somente, no ano de 2012, representou 5,7% do Produto Interno Bruto nacional e, um ano antes, “possuía cerca de 7,8 milhões de ocupados, representando 8,4% de toda a população ocupada do país”⁴⁵⁵, principalmente pelo incremento dos investimentos e da intervenção estatal nas obras de infraestrutura e nos programas federais de aceleração do crescimento (PAC I), em 2007, e pelo Programa Minha Casa Minha Vida, em 2009. Além disso, “foram investidos na cadeia produtiva da construção R\$ 349,4 bilhões em 2012”⁴⁵⁶.

O segmento da engenharia e da construção representa uma parcela significativa dos faturamentos do setor da construção civil, com escala ascendente, dado o déficit habitacional do país (Figura 8 – Evolução da Receita Bruta do Setor de Engenharia e Construção – Série Histórica de 19 anos, 1995-2013).

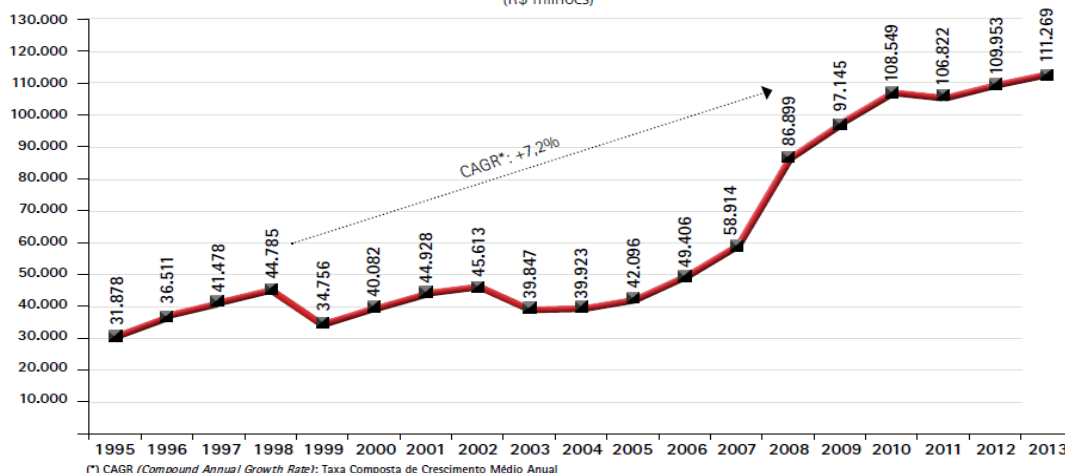
⁴⁵³Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de; SOUSA, G. G. B. As práticas trabalhistas no setor da construção civil: um estudo de caso na perspectiva da análise econômica do Direito. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). **Direito e Economia I - (RE)**Pensando o Direito: Desafios para a Construção de Novos Paradigmas. 1ed.Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 403-432.

⁴⁵⁴DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS – DIEESE. **Estudo setorial da construção – 2012**, p.7. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2012/estPesq65setorialConstrucaoCivil2012.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

⁴⁵⁵Ibid, p.7

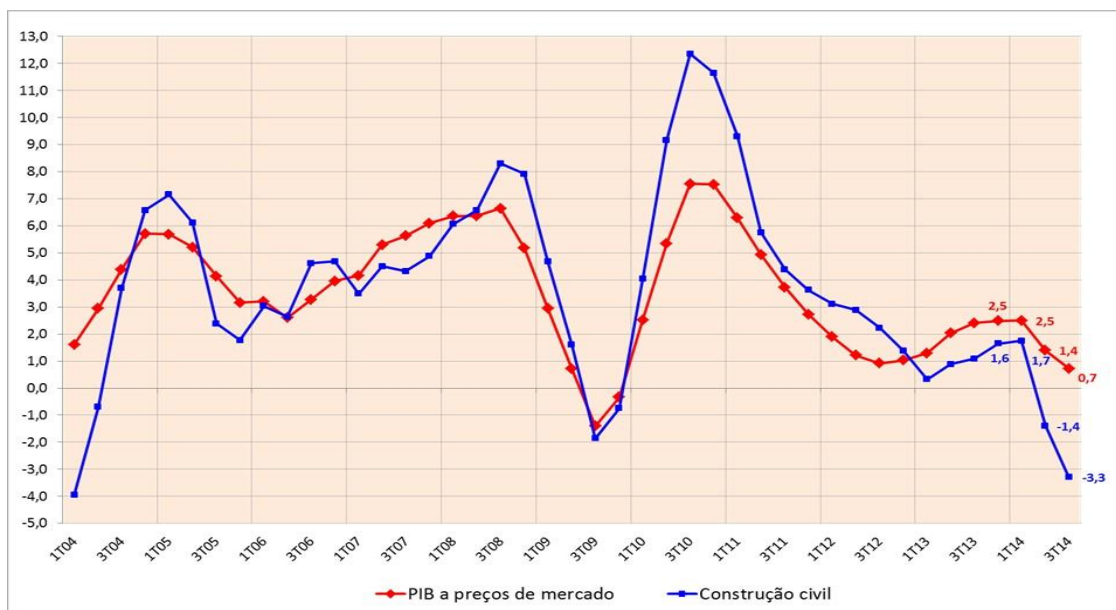
⁴⁵⁶DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS – DIEESE. **Estudo setorial da construção – 2012**, p.7. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2012/estPesq65setorialConstrucaoCivil2012.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2013, p.7.

EVOLUÇÃO DA RECEITA BRUTA DO SETOR DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO – SÉRIE HISTÓRICA DE 19 ANOS (1995–2013)
(R\$ milhões)



FONTE: Revista O Empreiteiro – Ranking da Engenharia Brasileira: 500 grandes da construção

Se comparado ao crescimento do PIB nacional, o setor da construção civil possui crescimento igual ou superior ao nacional, registrando-se uma retração, desde o primeiro semestre de 2013, considerado o cenário de desfavorecimento econômico enfrentado pela economia nacional e global, conseqüentemente, e por grande parte dos setores produtivos. A construção civil, em particular, em razão da complexidade produtiva e da quantidade de agentes participantes dos ciclos de venda, depende das variações de preço e de câmbio da matéria-prima, da política fiscal e trabalhista do governo, da consolidação de infraestrutura que contribuem para a formação bruta de capital. Além disso, o aumento inflacionário, a queda no ritmo de crescimento da economia e o caráter pró-cíclico do setor proporcionaram o fim da era de Ouro da construção civil (2008-2013), cuja maior característica foi o alto índice de contratações trabalhistas, o aquecimento nas ofertas de imóveis residenciais. As causas para o decréscimo do setor são a queda da arrecadação tributária, o quadro de desvalorização do poder de compra dos consumidores e da diminuta capacidade de endividamento das famílias, somado a redução das políticas públicas habitacionais, carreadas pelo governo federal, que injetam capital no setor, pela via de investimentos diretos e pelo acesso ao crédito habitacional para os consumidores. (Figura 9 - Variação acumulada em 4 trimestres, em porcentagem, Brasil e Construção Civil).



FONTE: IBGE e FIESP-DECONCIC (Departamento da Indústria da Construção)

Mesmo que se leve em conta que, nos últimos cinco anos, tenha havido retração do PIB setorial, deve-se considerar que, no período de 1996 a 2013, houve um acúmulo de Receita consideravelmente superior ao PIB nacional. (Figura 10 – Evolução da Receita Bruta Acumulada do setor x evolução do PIB acumulado).



FONTE: Revista O Empreiteiro – Ranking da Engenharia Brasileira: 500 grandes da construção

Porém, em contraposição aos vultosos investimentos e lucros demonstrados, o quadro trabalhista, no setor de construção e incorporação, é preocupante. Os records de crescimento da indústria convivem com um cenário de elevada informalidade em adição ao fortalecimento dos trabalhadores por conta própria (são caracterizados por deterem os instrumentos de trabalho e as competências específicas para a atividade, além de estarem à margem da proteção previdenciária). Em 2011, a participação de trabalhadores por conta própria atingiu o

patamar de, aproximadamente, 3,2 milhões, isto é, “42,0% do total de ocupados que, somado ao efetivo de trabalhadores sem carteira de trabalho assinada, 1,7 milhão com participação de 22,0% no conjunto do setor, totalizam uma participação superior a 60% dos ocupados na construção”⁴⁵⁷.

Embora os avanços no sentido da formalização e do cumprimento dos regramentos laborais sejam notórios, o descompasso entre a lucratividade e os índices de crescimento com uma realidade de exclusão previdenciária e tutelar trabalhista também o é em proporções consideráveis. O questionamento dos empregadores do setor invoca a alta taxa de encargos sociais e tributária que encarece as transações e desestimula a curva ascendente da construção civil, criando uma folha de pagamento inflada, complexa e de oneroso custeio. De acordo com um dos indicadores do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, o custo nacional da construção por metro quadrado, em agosto de 2015 foi de R\$ 955, sendo R\$ 510,89 relativos aos materiais e R\$ 444,23 à mão de obra⁴⁵⁸, registrando, no custo fixo do produto, um percentual de 46,40% a título de encargos trabalhistas e previdenciários. Ora, se a folha de pagamento com os encargos já é responsável por quase 50% do custo mínimo do produto/serviço, é deduzível que, subtraída tal despesa, o agente econômico possuiria a capacidade de oferecer um preço final mais competitivo, à custa do desrespeito sistemático dos direitos laborais e previdenciários. Some-se a isso o fato do alto custo impedir a criação de novos postos de trabalho, o que implica a criação de mão de obra informal, em particular, nas pequenas e médias empresas da construção civil. Na mesma senda, mesmo que o preço final não seja reduzido e resulte em desordem concorrencial quanto aos demais agentes, a conversão do custo, na margem de lucro, encorpa o poder econômico do vendedor que conseguirá produzir muito mais gastando menos e a lei da oferta e da procura, por si, só tratará de regular e baixar o valor do excesso produzido. Se o agente não optar pelo excesso de produção será beneficiado pelo aumento da receita, o que o posicionará privilegiadamente no ranking setorial, possibilitará a realização de novas transações com públicos não alcançados, ampliará a sua área geográfica de atuação e replicará em uma política trabalhista descuidada da legalidade. O poder econômico e a posição dominante, nesse caso, não são

⁴⁵⁷⁴⁵⁷ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS – DIEESE. **Estudo setorial da construção – 2012**, p.7. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2012/estPesq65setorialConstrucaoCivil2012.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2013, p.11-12.

⁴⁵⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI)** – Agosto de 2015. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/sinapi/sinapi_201508caderno.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

conquistados pelo melhoramento da eficiência, mas pela mera obliteração de direitos trabalhistas.

Em 2009, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção elaborou um estudo intitulado *Encargos previdenciários e trabalhistas no setor da construção civil: uma análise nacional*, cuja finalidade era traçar um panorama dos custos trabalhistas no setor da construção civil. Apesar da incursão governamental, pela introjeção de incentivos fiscais (redução do Imposto de Produtos Industrializados sobre alguns materiais de construção) e pelo Programa Governamental Minha Casa Minha Vida, representantes da construção civil alegam que o setor tem crescimento reduzido e apontam para a carga trabalhista elevada como um dos elementos determinantes para esse quadro. O estudo referenciado considerou os valores nominais da folha de pagamentos e o custo final e considerou os encargos fixados por lei, não incluindo direitos existentes por força de negociação coletiva (café da manhã, cesta básica, refeição, seguro de vida em grupo, entre outros), e por regras específicas de Direito Ambiental do Trabalho (periculosidade, insalubridade, Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, Programa de Condições e Meio Ambiente do Trabalho na Indústria da Construção, Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) - NR 05; NR 07; NR 18). Os resultados foram agrupados em quatro categorias (Figura 11 – Encargos trabalhistas e previdenciários na construção civil)⁴⁵⁹:

ENCARGOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS	PORCENTAGEM
Grupo I (Previdência Social, SESI, SENAI, SEBRAE, INCRA, Salário Educação, Seguro-Acidente, FGTS)	36,8%
Grupo II (Descanso semanal remunerado, férias, 1/3 constitucional de férias, feriados, aviso prévio, enfermidade, acidentes de trabalho, adicional noturno, licença-paternidade, 13º salário)	68,57%
Grupo III (Multa fundiária)	5,12%
Grupo IV (Incidência I no II)	25,23%

⁴⁵⁹ CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Encargos previdenciários e trabalhistas no setor da construção civil: análise nacional**. Brasília: CBIC, 2009. Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br/media/anexos/018.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2015, p.23.

Total	135,72%

Fonte: Câmara Brasileira da Indústria da Construção, 2009.

O resultado demonstrado pelo estudo indica uma porcentagem que supera em 135% o valor da folha de salários. Juízos de valor à parte sobre o sistema atual de tributação e de ônus trabalhistas, a verdade é que cumprir tais indicadores é um verdadeiro desafio, tanto do ponto de vista operacional como econômico. A responsabilidade de repasse aos cofres públicos e o pagamento remuneratório gera uma margem de manobra reduzida de competitividade, nesse setor, e sua fraude penaliza objetivamente a concorrência leal daqueles que cumprem e adimplem com tais obrigações, afetando todo o mercado.

O método de cálculo promovido pela CBIC, bem como por outras entidades empregatícias, encontram resistência entre alguns economistas ligados ao trabalhismo. Para estes últimos, há duas interpretações ou métodos de abordagem. A primeira considera um conceito restrito de salário, tido como a remuneração do tempo efetivamente trabalhado, excluindo-se o descanso semanal remunerado, as férias remuneradas e o terço constitucional, os feriados, a gratificação natalina, o aviso prévio nos casos de dispensa imotivada, as despesas com a rescisão do contrato de trabalho (multa fundiária), o auxílio-doença custeado pelo empregador e os valores classificados como encargos sociais, ao lado da contribuição previdenciária, o seguro de acidentes de trabalho, o salário-educação, a contribuição para a reforma agrária (INCRA), a assistência social e formação profissional por meio do sistema S e o apoio e incentivo às micro e pequenas empresas por meio do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE)⁴⁶⁰.

A fórmula proposta pelo DIEESE considera que a média mensal recebida pelo trabalhador compõe-se de duas partes e chega a um valor de 25,1% do salário contratual. A primeira corresponde ao salário médio recebido anualmente pelo trabalhador adicionado à porcentagem proporcional mensal do 13º salário (8,33%) e do terço de férias (2,78%). A segunda parcela é composta

(...) pela porcentagem de recolhimento do FGTS (8% sobre o salário contratual mensal, sobre o 13º salário e o adicional de um terço de férias) e pela proporção mensal do impacto das verbas indenizatórias sobre o valor do salário contratual (...).⁴⁶¹

⁴⁶⁰ OLIVEIRA, Carlindo Rodrigues. Encargos sociais e desoneração de folha de pagamentos: revisitando uma antiga polêmica. RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI Jr., Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos**: elementos para uma reflexão. Brasília: SINDIFISCO, IPEA, DIEESE, 2011, p.75-85, p.77.

⁴⁶¹ Ibid., p.77-78.

Portanto, segundo essa metodologia de cálculo, os encargos sociais seriam a diferença entre o que o empregado efetivamente recebe integral e diretamente e o que a empresa desembolsa. Ocorre que as rubricas 13º salário e terço constitucional sobre as férias (além desse direito se configurar como um ônus remuneratório imposto ao empregador, posto o contrato de trabalho permanecer interrompido) são verbas pagas sem que haja a efetiva contraprestação do serviço, considerando que não há nenhuma fonte de renda adicional ao empregador, senão a previsão legal de que os trabalhadores farão jus a tais direitos, e acabam por consumir mais do que a média de outros períodos do ano. Em acréscimo a esse fato, considere-se que o método de cálculo, proposto pelo DIEESE, encara o FGTS como parcela salarial recebida pelo empregado eventualmente. De fato, trata-se de verba salarial diferida, sem acesso direto pelo trabalhador, cujo recolhimento é de responsabilidade do empregador, caracterizando-se como mais um ônus. Anote-se que, apesar de se constituir em direito do prestador de serviço, os valores fundiariamente recolhidos são utilizados para políticas públicas com taxa de correção abaixo da inflação (3% + TR) e das demais modalidades de investimento possíveis. Assim, o empregado só se apropria dos recursos depositados na sua conta, mediante a ocorrência de determinadas circunstâncias, previstas no art. 20 da Lei nº 8.36/1990. Por último, o cálculo do DIEESE desconsidera que existem reflexos de uma parcela em outra, aumentando, portanto, os custos fixos e a porcentagem da folha de pagamento. Frise-se que, em ambos os casos, não estão incluídas as regras de direito ambiental do trabalho e os direitos conquistados pela via da negociação coletiva.

De uma forma ou de outra, todas as parcelas consignadas, nos métodos de cálculo, devem ser pagas ou recolhidas, independente de receberem a nomenclatura de parcelas salariais ou de encargos. Indiferente, pois o combate quanto aos encargos dos salários assumirem o papel de culpados pela sobrecarga da folha de pagamentos, porquanto o custo total do trabalho é a “(...) a soma das despesas remuneratórias e de manutenção do trabalhador, encargos sociais incidentes sobre a folha de salários, treinamentos e benefícios”⁴⁶². Essa definição coincide com a defendida pela OIT e é a que deve prevalecer na análise da competitividade e da importância dos custos fixos trabalhistas na formação do preço final dos produtos. Assim sendo, o que se deve considerar é o fator salário combinado com os encargos, de forma que uma simples desoneração de encargos não contribuiria

⁴⁶² LUCHIEZI JR, Álvaro. Desoneração da folha de salários: desconstruindo os mitos da formalização da mão de obra e da competitividade industrial. RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI Jr., Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos**: elementos para uma reflexão. Brasília: SINDIFISCO, IPEA, DIEESE, 2011, p.85-106, p.97

efetivamente para o incremento da competitividade frente a produtos chineses, por exemplo, que possuem patamares salariais bem mais baixos que o nacional, o que exigiria uma desoneração próxima a 85% da folha nacional para haver real ganho competitivo⁴⁶³. Por essa razão, a atuação dos órgãos reguladores internacionais, no campo comercial e trabalhista, revela-se importante, impedindo que a competitividade se dê unicamente na utilização da legislação trabalhista como fator de atração e de ganhos de mercado, fenômeno previsto, na Constituição da OIT, e devidamente apontado nesse trabalho.

Ao se visualizar a questão da competitividade interna, desponta a dificuldade, em particular dos pequenos e dos médios empresários, de sobreviver em meio à complexa rede fiscal que funciona muito mais como emboscada produtiva do que como forma de proteção pública. De fato, a solução para uma melhor competitividade não está na pura e simples redução dos encargos trabalhistas e previdenciários sem a respectiva atenção a fontes substitutivas de custeio, o que significaria conferir um grande benefício à lucratividade da empresa sem uma consequente vantagem aos trabalhadores e refletiria como um duro golpe ao sistema de financiamento da já combalida Previdência Social⁴⁶⁴. A conclusão que se tem é que todas as atividades do Estado são demasiadamente entrelaçadas e que o engessamento já se deu na sua concepção. A ingerência, na atividade econômica, e a avocação da execução e da concretização de tantos serviços e direitos constitucionais criou um ente político hobbesiano, incapaz de se locomover dinamicamente, atado por normatividades de toda sorte e alimentado pela cultura da demonização da privatização e da necessidade de monopólios nacionais como garantia à soberania brasileira. Esse mesmo Estado, por meio de seus mandatários e prepostos, alimenta uma cultura de dependência que espolia recursos, sufoca a liberdade econômica e aterroriza quaisquer outras formas de fornecimentos de serviços exoestatais, sob a alegação de que tal fato só serve ao grande capital e resulta em uma multidão de desamparados, ignorando as bem sucedidas experiências internacionais. Os adágios de que ‘a cultura brasileira é outra’ ou ‘isto não funciona no Brasil’ têm trazido mais martírio do que orgulho, menos vida e mais exploração e perpetuado um parasitismo de poucos privilegiados que se socorrem do capital público e negociam com o governo em troca

⁴⁶³Ibid., p.98.

⁴⁶⁴Caso a alíquota patronal fosse reduzida de 20% para 15%, a perda de receita previdenciária imediata seria de R\$ 20,7 bilhões; se reduzida a zero, seria de 82,8 bilhões. Cf. RIBEIRO, José Aparecido Carlos *et al.* Desoneração de folha de pagamentos: breves lembretes e comentários. RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI Jr., Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos**: elementos para uma reflexão. Brasília: SINDIFISCO, IPEA, DIEESE, 2011, p.107-124, p.112.

do esmagamento dos milhares que tentam produzir da forma mais amadora e corajosa possível.

A criação de novos postos de trabalho deve ser fruto de um ambiente econômico que congregue justiça fiscal, estabilidade cambial e estímulo a uma participação mais efetiva da atividade econômica nacional, no mercado globalizado, aliado a um incentivo a maior liberdade nas trocas comerciais, sem a inserção onipresente do Estado, que insiste em subjugar o mercado as suas próprias regras. Discorda-se, por outro lado, que a desoneração da folha de pagamentos não traria resultados vantajosos para o mercado nacional. Os resultados positivos devem vir não de medidas pontuais, mas de um conjunto de ajustes tributários amplo, que encare a realidade dos países que já superaram a fase da dependência estatal para a fase de capacitação econômica dos seus cidadãos e de reconhecimento que determinados bens são escassos só podem ser adquiridos, na esfera privada, na medida de sua disponibilidade. É dizer que a solução para o crescimento é a atribuição de fôlego a quem produz e gera postos de trabalho, o incentivo à atividade econômica responsável e o reconhecimento de que boa parte dos serviços públicos prestados são caros, ineficientes e não universais, fato que reflete, em toda a conjuntura econômica do país, e se estende desde as questões trabalhistas até outras mais anacrônicas como os debates sobre saúde e educação.

Mesmo que cada parte envolvida na relação trabalhista tenha as suas próprias soluções, sem que isso signifique a criação de mais problemas, o governo federal entende e engloba a noção dos custos dos encargos para fins de competitividade. Para tanto, criou uma política industrial, tecnológica e de comércio exterior denominada Brasil Maior. Dentre as várias iniciativas, uma diz respeito à substituição da contribuição do INSS (20% sobre a folha de pagamentos) pela alíquota de 1,5% sobre o faturamento⁴⁶⁵. Similar iniciativa, as proposições de desoneração da folha de pagamento, criadas pela Proposta de Emenda Constitucional nº 233/2008, que, dentre outros temas relativos à Reforma Tributária, propõe reduções gradativas da alíquota de contribuição social de que trata o art. 195, I, da Constituição Federal. É verdade que os mais céticos e estatistas vociferam contra a capacidade de indução de competitividade e de maior formalização da mão de obra pela via da desoneração da folha, sob o argumento de que o desenvolvimento do mercado de trabalho associa-se ao desempenho da macroeconomia, a saber: o aumento e descentralização do gasto público, a expansão e diversificação do crédito interno, o aumento e diversificação do saldo exportador, o regime tributário simplificado para micro e pequenas empresas e a melhoria das

⁴⁶⁵ Os setores beneficiados foram o de calçados, confecções, móveis e *software* (este fixado em 2,5%) no interregno de 2011 a 2012.

ações de intermediação e de fiscalização de mão de obra do Ministério do Trabalho e Emprego⁴⁶⁶. Naturalmente, reconhecidas as dimensões continentais e a multiplicidade de variáveis econômicas, políticas e sociais não é pertinente a redução a uma única determinante o aumento dos postos de trabalho e o fortalecimento de um setor, mas, do mesmo modo, não se deve ignorar que as circunstâncias trabalhistas influenciam, na competitividade das empresas, conforme já fartamente demonstrado.

Os desafios postos aos profissionais que lidam com as problemáticas trabalhistas agora exigem uma análise ampliada das causas e dos efeitos que o comportamento dos empregadores podem exercer nas relações de trabalho e fora delas. As funções clássicas propostas pela doutrina tradicional já não atendem mais à compreensão dos direitos sociais e sua relação com a economia. O isolacionismo dos órgãos trabalhistas e do sistema regulatório estatal quanto aos temas que lhes são transversais cerra os olhos para conexões que implicam consequências de massa e de ampla repercussão. Daí a imperiosidade em se estabelecer ligações conceituais e entendimentos acerca do fenômeno do dumping social, de sua visão pelos órgãos trabalhistas e da forma como a matéria tem sido tratada, segundo a perspectiva do Direito Concorrencial Brasileiro.

5 A PROPOSTA REVISIONISTA DA TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO: A FUNÇÃO CONCORRENCIAL DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

⁴⁶⁶ LUCHIEZI JR, Álvaro. Desoneração da folha de salários: desconstruindo os mitos da formalização da mão de obra e da competitividade industrial. RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI Jr., Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos**: elementos para uma reflexão. Brasília: SINDIFISCO, IPEA, DIEESE, 2011, p.92.

As formas de se encarar um mesmo fato social podem ter duplas e excludentes visões por ramos do Direito? A resposta a essa problemática perpassa pelo questionamento do conceito, da validade e da unidade do sistema jurídico, enquanto ordenamento coeso, coerente e não antinômico. A defesa que se tem de ordenamento jurídico, para os fins que ora se pretendem, não se encerra no puritanismo dogmático, antes considera a praxe interpretativa quanto a matérias que, aparentemente, não se tocam, mas, na espinhosa realidade, estão vinculadas por sua visceral essência. Vislumbra-se, portanto, que o Direito, desacompanhado, não tem a capacidade para criar fenômenos sociais autônomos.

Na mesma linha, sem o poder de inovar substancialmente, ainda que, eventualmente, aventure-se em tentativas de indução comportamental, o Direito não é dotado de aspecto deletério, dessa forma, a sua coerção, historicamente, sempre se revelou inapta para eliminar realidades consideradas por ele como ilegítimas. Assim, não é a existência de uma normatividade que, isoladamente, expurga do sistema jurídico o que se reputa por ilícito, tal qual não é a ausência de uma lei regulatória ou a opção por uma interpretação juridicamente míope um elemento impeditivo das lesões que, diariamente, sucedem no plano real. Se, entre as suas funções, encontra-se o reconhecimento da existência de fenômenos sociais e econômicos e a legitimação dos seus efeitos, não pode se furtar no oferecimento de soluções para os problemas concretos quando lhe são apresentados em nome do argumento de decidir, unicamente, quanto ao que está expressamente positivado. Um Direito ativo pela clássica exegese dispensa qualquer esforço hermenêutico fornecido pelos métodos de interpretação jurídico-contemporâneos. Esse ceticismo quanto à normatividade não lhe subtrai a sua função de cognição jurídica e de reconhecimento do proliferado como código de conduta em áreas da vida humana. O Direito do Trabalho, ainda que diante do silêncio da doutrina economicista e do direito antitruste, tem uma vertente concorrencial e a negação dessa função peculiar pelo legislador ou pelos intérpretes de uma ou outra área não retira a veracidade de tal constatação.

Na seara internacional, desde 1919, com a constituição da OIT e, nas décadas seguintes, com as discussões, no âmbito da OMC, sobre a inserção da cláusula social, nos tratados internacionais, sobre o selo social, sobre a adoção do pacto global e demais mecanismos alternativos à estatalidade de repressão, à erosão de condições de trabalho em nome de uma chamada eficiência produtiva, já se debatia e reconhecia uma função concorrencial e de competitividade empresarial do direito do trabalho. Em via oposta, o mesmo não se repete em território brasileiro. A doutrina trabalhista sinaliza, ainda que timidamente, a indispensabilidade de maior atenção aos efeitos dos descumprimentos

coletivos de direitos trabalhistas, na concorrência e na captação de consumidores, enquanto os autores do direito econômico e da concorrência optam por silenciar quanto ao assunto, em nome de uma resistência à função competitiva do direito do trabalho. O fruto desses dois posicionamentos adversariais é o Ministério Público do Trabalho e o Poder Judiciário Trabalhista fazerem uso de uma estratégia que foge à mais básica racionalidade processual: a aplicação de uma tese prevista, no Enunciado 04/2007, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que permite ao juiz do trabalho condenar de ofício um empregador réu pela prática de dumping social, sem que para isso haja a participação do CADE e a invocação dos dispositivos da Lei n. 12.529/2011.

Por essa razão, consideradas as demonstrações expostas sobre custos produtivos, lucratividade e valor final do produto, a seção que se inicia objetiva a análise do dumping social sob a perspectiva da doutrina trabalhista, dos órgãos ministeriais e jurisdicionais afetos às matérias laborais para propor uma revisão, na teoria geral do direito do trabalho, no intuito de contemplar a função concorrencial, por intermédio de um método empírico que se debruça sobre um estudo de caso na seara da construção civil brasileira. O argumento a ser aplicado é de que, reconhecida a função concorrencial, deve ela ser observada por quem detém atribuição e competência para apreciação.

Em nome de uma metodologia lógica e dedutiva, o primeiro tópico dedica-se a estudar os fundamentos conceituais do dumping social, na doutrina trabalhista, independentemente da utilização de determinadas definições, propaladas por bibliografia estrangeira, em razão da pouca produção acadêmica sobre o tema. Posteriormente, o segundo item empreende uma análise jurisprudencial trabalhista enfocando seu comportamento referente à apreciação de ações afetas ao tema, sobre a ação do *Parquet* Laboral como órgão vanguardista, no combate ao dumping social, e o modo como tem erigido a responsabilização civil dos agentes pela Justiça do Trabalho. O Poder Judiciário desempenha papel de relevo fundamental, nesse cenário, materializado nas diversas demandas, constantemente, apresentadas a ele tocante à temática, no dever de estabilização dos conflitos individuais e coletivos decorrentes da prática do dumping social. A falta de regulamentação específica, no âmbito trabalhista, para a figura em foco, lança como desafio uma construção interpretativa sólida o suficiente para combater as dilapidações de direitos, além de demandar um estudo doutrinário – ainda, parco, em solo nacional – consistente que forneça a fundamentação jurídica vital para o enfrentamento do problema, sobretudo, em tempos nos quais se retoma a importância do trabalho e da criação de postos de emprego, no delineamento de um desenvolvimento social sustentável, inclusivo e capaz de permitir o acesso de todos aos bens de consumo.

Por último, assim como realizado, no caso *Apple*, no item 3.2.1, o trabalho pretende se debruçar sobre um agente econômico que se destacou, consideravelmente, no setor da construção civil – a MRV Engenharia -, galgando posições de destaque entre as companhias mais bem sucedidas e, simultaneamente, sendo noticiada como responsável por graves violações trabalhistas. Como método de procedimento aplicável, mediante a demonstração de dados e de gráficos, demonstrar-se-á a relação entre os encargos sociais trabalhistas e previdenciários (vistos aqui como obrigação acessória do empregador), a promoção das suas capacidades econômicas, a sua posição dominante e a maneira como o CADE analisou o caso quando lhe foi submetido.

5.1 DUMPING SOCIAL E DIREITO CONCORRENCIAL DO TRABALHO

A teoria geral do direito do trabalho foi construída à medida que esse ramo do Direito se consolidava e se emancipava dos fundamentos civilistas que o originaram. Com efeito, uma teoria geral apresenta o conjunto de institutos e de princípios conformadores da lógica sistêmica, da estruturação normativa, e orienta, epistemologicamente, os conceitos e as formas de manifestação, no mundo jurídico, das categorias que lhe dão sustentação. A compreensão e a análise histórica das mutações do Direito do Trabalho compelem o conhecimento da evolução de sua teoria geral e, concomitantemente, dispõe-se, em relevo, o debate acerca das funções sobre as quais o legislador, o intérprete e aplicador do Direito devem se debruçar.

Dentre os objetos de estudo da teoria geral do direito do trabalho, situa-se a análise de sua validade, de suas estruturas e de suas funções. O estudo em tela coloca em diálogo dois ramos, aparentemente, não comunicantes (direito do trabalho e direito da concorrência). Dessa forma, tem-se que a justificativa dialógica e ativa de um sobre o outro, na perspectiva da legitimação do dumping social como modalidade de conduta anticompetitiva, atravessa pela existência de pontes interpretativas da teoria geral de ambos. Ocorre que a delimitação de estudo propõe-se a revisitar as estruturas paradigmáticas do Direito do Trabalho para localizá-la a serviço, dentro do universo de possibilidades e de aplicações, do Direito da Concorrência.

Sob o ângulo da validade, tanto o Direito do Trabalho quanto o da concorrência observam os ditames da teoria geral do Direito, ao se estabelecerem como sistemas normativos que formulam uma pretensão à correção, que não são extremamente injustos e que são dotados de um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia, fora serem possuidores de princípios e de outros argumentos normativos úteis a aplicação do direito no

objetivo de atingir a pretensão corretiva⁴⁶⁷. O Direito da Concorrência tem, na função regulatória e mantenedora da estabilidade da ordem econômica concorrencial, a legitimidade para reprimir as infrações perpetradas pelos agentes privados. As suas regras se ancoram, no impedimento de abusos do poder econômico e na proteção aos atores concorrentes e consumidores pela via indireta, sendo, ainda, dotado de um sistema de atividade próprio. O Direito do Trabalho, exposto pela sua teoria geral, preocupa-se com a integridade das relações empregatícias orientado por um olhar protetivo ao trabalhador e, ainda que se noticiem recorrentes violações à sua normatividade, a Justiça do Trabalho tem, historicamente, tido amplo destacado pela sua celeridade, eficiência e fidelidade aos seus propósitos originários, quais sejam os de impedir a exploração desmedida do trabalhador e o enriquecimento ilícito do empregador diante da internalização das externalidades negativas⁴⁶⁸.

A estrutura do Direito do Trabalho brasileiro tem raízes, na normatividade heterônoma, como regra prevalecente e, no modelo privatístico, subordinado aos limites estabelecidos pelo legislador. A fonte formal primária não se constitui feito um direito eminentemente privado; antes é marcada por profundas intervenções estatais que mitigam o exercício da autonomia privada individual e coletiva. Mesmo verificando uma estruturação, nos moldes da teoria kelseniana do Direito, por degraus, a principiologia jurídica trabalhista acrescenta, por força constitucional e ordinária, o princípio da norma mais favorável como critério otimizador de efetividade teleológica e baliza hermenêutica solucionadora de conflitos entre fontes formais.

O ponto em comum entre a forma de produção e a estruturação legislativa do direito trabalhista e do direito da concorrência os posicionam, no mesmo patamar, ao menos na classificação de Hans Kelsen, de um sistema normativo dinâmico - aquele cujas regras estão vinculadas pela forma como são produzidas⁴⁶⁹. A identificação da similaridade de estruturas entre os ramos comentados ganha prestígio, em face da lógica de formação de ambos sustentar-se, em comandos constitucionais, e se desenvolver no formato de uma espiral vertical, com uma proposta de correção dos abusos do direito (do exercício do poder potestativo patronal e do direito à eficiência na consecução da atividade empresarial). Além disso, reflete a constatação de que a “(...) análise estrutural do direito como ordenamento

⁴⁶⁷ALEXYY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.150.

⁴⁶⁸Naturalmente, também cabe ao Poder Judiciário laboral processar e julgar eventuais faltas e infrações cometidas por empregados em face dos seus empregadores e isso não se resume, exclusivamente, às hipóteses previstas, no artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Abarca todo ato, inclusive, processual que revele atentado contra a boa-fé, a transparência, a lealdade e a confiança.

⁴⁶⁹BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p.200.

normativo específico, cuja especificidade consiste, precisamente, não nos conteúdos normativos, mas no modo pelo qual as normas estão unidas umas às outras no sistema”⁴⁷⁰.

A transdisciplinariedade estrutural entre trabalho e concorrência é um dos argumentos centrais dessa tese, porém, o ponto fulcral concerne à evidência do aspecto funcional do direito do trabalho. Há de se ter em mente que o Direito é um sistema normativo de controle e de regulação social, com métodos e princípios próprios e produção legislativa finalística. Nessa medida, o sentido de existência de um sistema jurídico é a sua capacidade de êxito no controle e no reconhecimento de situações por ele previstas dentro de um parâmetro razoável de eficácia. Para que isso seja posto em prática, as funções clássicas do direito restringem-se à faceta protetora e repressiva onde a juridicidade tem por missão combater os atos ilícitos e proteger os lícitos. Bobbio apresenta, como terceira função promocional, a realização de comportamentos desejáveis operacionalizados pelo tríplice comando de tornar a ação necessária, fácil e vantajosa⁴⁷¹. A adoção dos critérios de encorajamento e de desencorajamento pelo Direito com a aplicação de sanções e de incentivos (sanções positivas) atua, em um caminho de mão dupla, promotor de uma efetividade dos efeitos jurídicos, e é, nessa função de estímulo aos comportamentos positivos, por meio de promessas, que se pretende alterar a cultura punitiva de *per si* para um modelo de manutenção das boas ações.

O controle social positivo encerra um aspecto desprestigiado pelo Direito brasileiro, salvo raras exceções. No âmbito das funções tradicionais do Direito do Trabalho nota-se que os objetivos de controle preocupam-se muito mais em punir os empregadores, em ampliar o conjunto de direitos subjetivos, em expandir o alcance dos destinatários, do que em conceder qualquer tipo de prêmio aos bons empregadores. Esses, além de serem atingidos pelo descumprimento das regras trabalhistas, pelos seus concorrentes, caem no ostracismo discursivo de que cumprem apenas suas obrigações.

É, nessa vertente, que o reconhecimento de uma nova função do Direito do Trabalho deve se posicionar: além de punir os infratores, como resultado da sanção negativa, enquanto não se formula um sistema de prêmios e de incentivos àqueles que orientam as suas atividades pela boa governança e pela responsabilidade social, deve utilizar as externalidades positivas das sanções negativas como elemento substitutivo provisório e como estímulo aos socialmente probos. Para tanto, é fundamental que as sanções aplicáveis considerem a

⁴⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p.204-205.

⁴⁷¹ Ibid., p.15.

capacidade de empreender sucesso no desestímulo de comportamentos desleais, mas, simultaneamente, estimulem a boa conduta.

Dentro do ciclo de fortalecimento das funções da juridicidade, além do binômio repressão/estímulo de comportamentos, por vezes confirmadores de situações fáticas de desequilíbrio de poder, o Estado de Bem-Estar Social trouxe consigo a função de inclusão de grupos outrora destituídos de riqueza e de poder e é, nesse momento, que novos ramos jurídicos iniciam a gênese com manifestações esparsas até a institucionalização e a absorção pelas Constituições Sociais. As inovações determinadas pela nova função inclusiva foram desempenhadas em parte pelo Direito do Trabalho e pelo Direito da Seguridade Social, representantes de um “(...) setor social e econômico subordinado na composição da sociedade, estruturalmente não proprietário e, até então, sem efetivo poder institucional”⁴⁷².

Além das funções correspondentes à teoria geral do Direito, a função central de inclusão social, propugnada pelo direito do trabalho, materializa-se, no ventre das funções particulares do direito do trabalho. As funções clássicas do Direito do Trabalho são classificadas e sintetizadas por Delgado em três grupos principais: a) função de melhoria das condições de pactuação da força de trabalho, na ordem socioeconômica; b) função econômica modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social; c) função política conservadora; d) função civilizatória e democrática⁴⁷³.

O papel de melhoria das condições da força de trabalho, na ordem socioeconômica, leva em conta a atuação dos entes coletivos, na complementação e na elevação do patamar social, previsto pelo direito heterônomo. A negociação coletiva exerce papel de produção normativa aplicável às categorias econômicas e profissionais, atuando instrumentalmente como meio de criação, de flexibilização e de extensão do conteúdo, dos destinatários e do rol de direitos (art. 7º, caput, parte b, CRFB/1988)⁴⁷⁴. Em nome da verdade, constata-se que, nos tempos recentes, considerada a estruturação corporativista do Direito Individual e Coletivo do Trabalho, as recorrentes crises econômicas que afligem o mercado de trabalho e o entendimento aplicado à ultratividade quanto à aderência das normas negociadas pelo

⁴⁷²DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do Direito do Trabalho no capitalismo e na democracia. COLNAGO, Lorena de Mello Rezzende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (org.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.67-87, p.72.

⁴⁷³DELGADO, Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15.ed. São Paulo: LTr, 2016, p.53-58.

⁴⁷⁴Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social** (grifo nosso).

Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 277⁴⁷⁵), a função evolutiva perdeu seu espaço para a flexisegurança sob a promessa de manutenção dos postos de emprego.

O caráter modernizante e progressista consolida-se pela ampliação da extensão pessoal, ao incluir um número maior de sujeitos contemplados pelo direito do trabalho (a exemplo, a inclusão do trabalhador avulso pela Constituição da República de 1988), e pelo alargamento da densidade dos direitos, demonstrado na Emenda Constitucional n. 72, de 02 de abril de 2013. Direitos mais avançados e peculiares de categorias pertencentes a setores mais evoluídos tendem a ser aplicáveis aos demais grupos pelo espírito *in fieri* do Direito do Trabalho, mesmo em um cenário de subordinação próprio desse ramo. Ao passo que essa função é apontada pela doutrina, o mercado de trabalho nacional a contradiz, em razão da ampla informalidade e de outras formas de trabalho não subordinados excluídas pelo direito positivo laboral.

A função política conservadora confere legitimidade política ao modo produtivo e atua, na mediação entre os interesses trabalhistas e os empresariais, conferindo meios de apaziguamento e de participação democrática, no processo de gestão da mão de obra. Essa força de trabalho teve, ao longo de formação do direito do trabalho, a oportunidade de ser agente ativo, nas transações voluntárias consumeristas, com o reconhecimento de direitos sociais e econômicos e de proteção jurídica ao salário. A previsão de um núcleo básico de direitos trabalhistas abriu o caminho para a inserção social de milhares de trabalhadores marginalizados do acesso aos bens de consumo.

Resta a defesa de uma quinta função indireta do direito do trabalho: a função concorrencial. Uma empresa - agente de desenvolvimento econômico -, ao realizar sua atividade, tem como principal objetivo a maximização dos lucros frente à minimização dos custos para, então, ter um desempenho considerado eficiente em um mercado competitivo. A fórmula básica, qual seja medir a eficiência financeira da atividade empresarial, pode ser expressa como lucro sendo igual à receita menos os custos, incluso nesse todos os fatores que foram utilizados pela empresa durante a produção⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵Súmula nº 277 do TST - CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

⁴⁷⁶LUCENA FILHO, Humberto Lima de ; SOUSA, G. G. B. As práticas trabalhistas no setor da construção civil: um estudo de caso na perspectiva da análise econômica do Direito. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). **Direito e Economia I** - (RE)Pensando o Direito: Desafios para a Construção de Novos Paradigmas. 1ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v.1, p. 403-432.

Essa parece ser uma fórmula simples, todavia, o seu desdobramento provoca consequências que ultrapassam o espaço da empresa e que tem influência direta no desenvolvimento social. A política de minimização dos custos impõe limitações consideráveis, nas escolhas das empresas, desde a compra de materiais de uso cotidiano, no expediente de trabalho, passando pela contratação de empregados e indo até a forma de entrega dos seus produtos, quando for o caso. As companhias ainda estão suscetíveis às externalidades que são as consequências de determinadas ações de uma empresa sobre o bem estar de outras pessoas que não tomam parte direta na realização das ações. Essas externalidades podem ter tanto um caráter positivo quanto negativo, a depender das suas consequências sociais.

Se, por muito tempo, o trabalho não foi visto como um fator preponderante, na formulação do preço final dos produtos ou dos serviços, essa realidade não mais pode ser negada, principalmente quando se verificam as demonstrações de mobilidade de pessoas e das fábricas para locais com legislação ou com fiscalização precária ou flexível, em uma sinalização de globalismo produtivo e trabalhista transnacional, conforme já fartamente evidenciado em seções pretéritas. As tradicionais abordagens filosóficas e sociológicas marxistas que vinculam o trabalho à mais-valia e à mercadoria constituem um substrato genético da relação entre custos sociais e preço, mas não se aprofundam em questões de cunho tipicamente do modelo capitalista que se originam desse fenômeno. Enveredar por esse caminho só seria possível caso, ao tempo das construções teóricas, se estivesse diante de um mundo profundamente transformado pela revolução tecnológica e pelo grande número de *players* em regime de concorrência.

O direito do trabalho foi, historicamente, uma intervenção corretiva, em uma sociedade industrial que caminhava para um livre mercado, hoje, superada ou, pelo menos, influenciada pela era dos serviços, mas, apesar de muitos afirmarem que há um livre comércio internacional, a existência de barreiras aduaneiras, de legislações heterônomas protetivas, de limites legislativos locais e internacionais não permite extrair um sentido totalmente verdadeiro de tal assertiva. A intervenção estatal, no domínio econômico, em particular no mundo do trabalho, já denotava a visceral relação entre capital, trabalho e direito, razão pela qual afirma-se que o direito do trabalho, ainda que social na essência, não deixa de ser econômico pelos efeitos que provoca, no mercado, e por constituir um fator de produção no aporte de capital⁴⁷⁷. Porém, esse fator produtivo pressiona não apenas os preços dos produtos,

⁴⁷⁷RIGAUX, Marc. **Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis em cause.** Bruxelles: Buylant, 2009, p.6.

mas o valor pago ao trabalhador que, para se sustentar, submete-se a um processo de concorrência social de venda do seu trabalho, excluindo-se a noção social do direito ao trabalho como uma proteção também ao trabalhador.

É nesse reino de oferta e de procura que se verifica uma concorrência no mercado interno e externo de trabalho. A concorrência social interna opera-se, em uma empresa ou grupo de empresas, e se apresenta, já na fase de seleção, e, uma vez contratado, esse fenômeno não cessa, pois por medo ou pela ameaça o emprego não o elimina do mercado interno, que condiciona os aumentos salariais e as promoções a critérios comparativos de mérito com os outros trabalhadores. A faceta da concorrência social, no mercado de trabalho externo, aproxima-se da ideia defendida, até o presente momento, e passa pela subcontratação e por formas segmentadas de produção. Nesse aspecto, a terceirização, como planejamento de reestruturação produtiva facilita a pesquisa geográfica de salários menores ao redor do mundo e acaba por forçar uma dupla concorrência com trabalhadores de outros Estados⁴⁷⁸.

Essa breve introdução apresenta a necessidade de integração do direito do trabalho aos estudos mercadológicos e reforça que a clássica teoria geral do direito do trabalho é insuficiente para contemplar toda a complexidade desse ramo jurídico. A doutrina trabalhista, ainda que reconheça que esse ramo jurídico tem a capacidade deontológica de tornar as condições de concorrência empresariais mais homogêneas e racionais e evitar um modelo deletério de gestão socioeconômica pautado na negação de direitos como saída para a eficiência produtiva⁴⁷⁹, pouco se dedica aos estudos mais aprofundados acerca da contribuição possível e dos limites dessa função junto à ordem econômica.

O efeito prático da função concorrencial trabalhista existe desde que as relações comerciais ultrapassaram as fronteiras nacionais. Previa-se, a contar de 1919, com a criação e a Constituição da OIT que o trabalho e os parâmetros de sua condução influenciariam nos custos produtivos. Por isso o conceito e o reconhecimento do dumping social são atrelados ao fenômeno globalizador e se referem a uma previsão mais associada à ordem econômica internacional. A doutrina em vigor analisa a matéria quase, exclusivamente, à luz do direito concorrencial internacional e tem como foco central de proteção a liberdade do comércio internacional, a afetação das economias locais causadas por produtos importados com custo

⁴⁷⁸Ibid., p.20-21.

⁴⁷⁹DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do Direito do Trabalho no capitalismo e na democracia. COLNAGO, Lorena de Mello Rezzende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (org.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.78.

de produção inferior àquele praticado, no mercado interno⁴⁸⁰, ou em quantidades inexplicáveis na competição ordinária do mercado em que ele atua, com vistas a prejudicar deliberadamente um concorrente⁴⁸¹. Alguns doutrinadores até postulam o não reconhecimento da utilização de custos sociais inferiores como método de redução de preços e de alteração do equilíbrio do comércio internacional⁴⁸².

O termo dumping social tem sua origem na construção do conceito econômico do *dumping*. A locução passou por várias fases e, em diversas situações, tem sido utilizada, indistintamente, para identificar fenômenos similares, mas inconfundíveis com ele, a exemplo do preço predatório e do *underselling*, referentes ao comércio interno. Em um primeiro momento, a expressão congregava uma multiplicidade de condutas (subvalorização de mercadorias, barganhas, discriminação de preços, corte de preços no mercado local, etc), posteriormente, evoluiu, traduzindo um critério de prática desleal perigosa para o país importador e, em seguida, reduziu-se o conteúdo do instituto para representar a venda da mesma mercadoria, em mercados diversos, por preços diferentes. Por último, chegou-se, na acepção atual de “(...) discriminação de preços entre [...] o mercado exportador e o mercado importador [...] o preço demandado por um determinado bem, pelo mesmo produtor, difere entre dois mercados, desconsiderando-se fatores relacionados a transporte, tributos, etc”⁴⁸³.

O critério aplicado considera que os custos de produção devem ser computados no preço final e torna suspeita a conduta de vender produtos ao mesmo preço sem associar tal prática aos custos ou os vender, injustificadamente, a preços diferentes, tendo, como regra, o mercado importador preço reduzido, embora possa ocorrer, no mercado exportador, caso o produtor não possua mercado doméstico. Enquanto o viés econômico leva em conta apenas a discriminação de preços entre mercados, mesmo que o produto seja vendido pelo valor normal ou acima do preço, o viés jurídico exige que a discriminação ocorra com a prática de preços inferiores aos valores normais, considerados os praticados, no mercado interno do agente exportador, conforme previsão do artigo VI do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)⁴⁸⁴. Para que se caracterize que um exportador praticou *dumping* e,

⁴⁸⁰PIRES, Adilson Rodrigues. **Práticas abusivas no Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.129-131.

⁴⁸¹VAN DEN BOSSCHE, Peter. **The Law and Policy of The World Trade Organization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p.42.

⁴⁸²VOILLEMOT, Dominique. **La Règlementation CEE Antidumping et Antisubventions**. Paris: Duchemin, 1992, p.12

⁴⁸³TOMAZETTE, Marlon. **Comércio internacional & Medidas Antidumping**. Curitiba: Juruá, 2008, p.44-45.

⁴⁸⁴Art. VI. Para as finalidades do presente acordo, considera-se haver prática de dumping, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior ao seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo do país exportador.

consequentemente, esse seja sancionado pelos órgãos responsáveis, deve-se comparar a similaridade do produto, o preço de exportação, o valor normal no mercado interno do exportador e, por fim, procede-se a uma comparação justa, que estime as condições capazes de promover distorções nos preços⁴⁸⁵.

Presentes os elementos acima, deve-se ponderar a existência de dano, a sua ameaça ou o atraso gerado na sedimentação da indústria nacional, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido. Caso isso não se verifique, estar-se-á diante do *dumping* não condenável, não passível de punição pelo órgão de solução de controvérsias da OMC. O *dumping* condenável ou acionável por si só não é punível, pois cabe à autoridade administrativa governamental a aplicação ou não das medidas *antidumping*. Destaque-se que o tratamento dessa figura de direito internacional concorrencial deve ser feito com parcimônia e cautela, uma vez que a ingerência dos órgãos reguladores pode se configurar como uma medida estritamente protecionista, contrária aos princípios do livre comércio.

A prática de preços abaixo dos praticados pelo mercado interno, isoladamente, não constitui, um ato ilícito, raciocínio confirmado pela discricionariedade na aplicação das medidas de defesa comercial *antidumping*. De outro lado, a ausência de vigilância e de monitoramento nessa área, em que pese “(...) pode inibir investimentos, distorcer a concorrência e levar à extinção do setor empresarial atingido por sua prática”⁴⁸⁶. Pontuar os requisitos para a configuração do *dumping* é de salutar pertinência, dada a imprecisão técnica dispensada ao assunto, no âmbito da Justiça do Trabalho, desconsiderando, em absoluto, os requisitos dogmáticos para o reconhecimento e as condenações aos empregadores que, segundo aquele ramo judiciário, praticam concorrência desleal no âmbito de suas políticas trabalhistas.

Novas espécies têm sido concebidas: o *dumping* cambial, ambiental e social. O *dumping* social possui maior reconhecimento, segundo já fartamente exposto, na gênese do Direito Internacional do Trabalho e tem sido motivo de debates nos órgãos alinhados e reguladores do comércio internacional. No plano nacional, há recalcitrância da doutrina especializada antitruste e do CADE em admitir essa modalidade enquanto conduta reprimida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O vanguardismo ficou a cargo da criação doutrinária e jurisprudencial, em particular, no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e do Ministério Público do Trabalho, que possuem percepções do fenômeno bastante criticadas em

⁴⁸⁵TOMAZETTE, Marlon. **Comércio internacional & Medidas Antidumping**. Curitiba: Juruá, 2008, p.49-70.

⁴⁸⁶SANTORO, Valéria. **Dumping**: abordagem dogmática e aplicada no âmbito da OMC. São Paulo: Scorecci, 2010, p.59-60.

relação a fundamentos básicos que envolvem matérias de direito processual, como competência constitucional, e ao desconhecimento da regra da razão do direito concorrencial.

O dumping social tem dúplice feição. Por um lado, é uma situação propalada, eminentemente, pela globalização, segundo a qual os empregados de baixos salários rumam para países em que o salário é superior, e, conseqüentemente, as empresas que pagam salários maiores em determinados países vão para outros em que os salários são menores. O efeito disso é a prática ou a possibilidade de transações comerciais a baixo preço dos bens ou dos serviços, em razão “das empresas produtoras estarem instaladas em países onde não são cumpridos os direitos humanos mais elementares, assim como direitos dos trabalhadores internacionalmente reconhecidos”⁴⁸⁷. A prática potencializa-se pela inexistência de uma regulação trabalhista internacional, tal qual a desempenhada pela Organização Mundial do Comércio e tem sido combatida, eminentemente, por quatro meios: na esfera pública, pela flexibilização das regras trabalhistas nos países desenvolvidos, pelo melhoramento das legislações dos Estados Periféricos, pela utilização de cláusulas sociais em tratados internacionais⁴⁸⁸ e no seio dos agentes privados transnacionais com os Códigos de Conduta (instrumentos normativos privados que preveem os padrões de conduta) e o Pacto Global – acordo internacional entre multinacionais realizado com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais, internacionalmente aceitos, nas áreas de direitos humanos, nas relações de trabalho, no meio ambiente e no combate à corrupção refletido em dez princípios.

A outra perspectiva identifica-se com a conceituação fornecida por Leandro Fernandez, que define o fenômeno como⁴⁸⁹:

(...) modalidade de concorrência desleal consistente na comercialização de mercadorias ou serviços a preços inferiores àqueles normalmente praticados pelo mercado, obtidos mediante reiterada utilização de mão de obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais.

⁴⁸⁷KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang; AOKI, Renata Cristina de Oliveira. Dumping Social: as normas trabalhistas e sua relação com o comércio internacional. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otávio; CORREA, Carlos M. **Direito, desenvolvimento e sistema multilateral de Comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.158.

⁴⁸⁸Cláusulas sociais definem-se como “imposições de normas em tratados internacionais de comércio internacional que objetivam assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas normas que regulam o contrato de trabalho nos processos de produção de bens destinados à exportação” ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula Social. In: Barral, Welber (Org.) **O Brasil e a OMC**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 326.

⁴⁸⁹FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.85.

Similarmente às demais condutas previstas na legislação específica, o dumping social ocasiona efeitos em outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, notadamente na livre concorrência, na busca do pleno emprego, na proteção ao consumidor e no desenvolvimento. A livre concorrência deve ser encarada como um valor-meio, cujo objetivo principal não é a mera repressão de práticas econômicas abusivas, antes, porém, o estímulo à participação do desenvolvimento pelos agentes econômicos⁴⁹⁰. Os que entendem o *dumping social* como espécie da tipologia do *dumping* o enxergam, ora sob a lente do direito concorrencial ora pelo viés trabalhista, sendo a interpenetração das duas visões a tese principal da atual pesquisa.

A compreensão doutrinária construída até o momento não contempla a hipótese do empregador que desrespeita os direitos trabalhistas e não reduz o valor do produto ou do serviço. Essa situação revela a incorporação financeira de valores aos ativos das companhias decorrentes da economia ilícita de custos sociais. Aqui o caso não é de dumping social, nos moldes tradicionais, mas de abuso do poder econômico para atingir posição dominante, que se configura como uma infração à ordem econômica e, também, golpeia os princípios mais elementares da concorrência. Se não há reprimenda, no âmbito do comércio internacional, já se demonstrou a compatibilidade com os dispositivos regulamentadores das infrações à ordem econômica, cuja investigação está no âmbito das atribuições do CADE.

A crítica produzida pelos doutrinadores do direito econômico, no sentido de não se classificar o dumping social como espécie de concorrência desleal, nos termos previstos pelo GATT, dá-se por duas razões: a) inexistência correspondência entre o conceito defendido pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista e a previsão estabelecida pelo Art. VI do GATT⁴⁹¹ e pelo Acordo sobre sua prática, uma vez que a mercadoria não é vendida abaixo do preço normal; b) não se trata de uma ação oriunda do agente exportador, mas de uma política de Estado que não assegura garantias trabalhistas aos seus nacionais; c) a utilização do conceito

⁴⁹⁰ SILVA, Américo Luis Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p.58

⁴⁹¹ As Partes Contratantes reconhecem que o "dumping" que introduz produtos de um país no comércio de outro país por valor abaixo do normal, é condenado se causa ou se ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida, no território de uma Parte Contratante, ou retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional. Para os efeitos desse artigo, considera-se que, um produto exportado de um país para outro, introduz-se, no comércio de um país importador, a preço abaixo do normal, se o preço desse produto: a) é inferior ao preço comparável que se pede, nas condições normais de comércio, pelo produto similar que se destina ao consumo no país exportador; ou b) na ausência desse preço nacional, é inferior: I) ao preço comparável mais alto do produto similar destinado à exportação para qualquer terceiro país, no curso normal de comércio; ou II) ao custo de produção no país de origem, mais um acréscimo razoável para as despesas de venda e o lucro. Em cada caso, levar-se-ão na devida conta as diferenças nas condições de venda, as diferenças na tributação e outras diferenças que influam na comparabilidade dos preços.

de *dumping* aplicado ao mundo do trabalho ameaçaria a manutenção dos empregos dos países em desenvolvimento⁴⁹².

Diante da regra existente, hodiernamente, no GATT, de fato, impossível o enquadramento do *dumping* social como conduta objeto de apreciação pelos órgãos administrativos brasileiros responsáveis pela aferição da prática do *dumping* e pelas consequentes sanções, o DECOM e a CAMEX. A disputa pode, ainda, ser submetida à OMC, se, comprovadamente, o exportador se utilizar do artifício de preços inferiores no mercado destinatário das exportações. Contudo, essa prática de política de preços é incomum, na análise dos custos sociais, como vantagem comparativa na formulação de preços, se o foco da abordagem for companhias transnacionais, cuja estratégia vai além: incorporam as economias decorrentes dos fatores trabalhistas de produção. Porém, se o agente tem origem, em um país em desenvolvimento/periférico, utiliza-se de baixos padrões trabalhistas (sintetizados, aqui, no bloco de convencionalidade), da negação dos direitos trabalhistas previstos na negociação coletiva e no direito estatal, seja a sua unidade fabril presente no local da matriz ou não, da taxa dos preços abaixo do mercado interno, não há razão para não se equiparar essa categoria ao *dumping* previsto no art. VI do GATT.

O segundo argumento também não se sustenta porque, embora o Estado tenha o dever de fiscalização e seja o ente legítimo para a produção legislativa, a decisão de alterar a geografia produtiva e de violar o regramento é do exportador, beneficiário da inércia, da política legislativa, administrativa e do Estado. Por último, insustentável a defesa da eliminação dos postos de trabalho. A aplicação de medidas *antidumping*, nesse caso, tem a finalidade de reprimir distorções, na concorrência, caso verificados os requisitos, irrelevante que a causa do preço final tenha sido a superexploração humana (do ponto de vista do direito aplicável no âmbito da OMC). Os acirrados debates sobre o tema nas rodadas de negociação da OMC corroboram com a preocupação internacional de não se descuidar da proteção ao trabalho humano como o valor fundante de todo o sistema vinculado às Organizações das Nações Unidas. Ademais, o que se pretende não é o aumento forçado dos salários dos trabalhadores, nos países em desenvolvimento, pela via da atuação da defesa comercial, mas a fiscalização do cumprimento das regras trabalhistas locais e internacionais fundamentais, conformando a estrutura produtiva a uma justiça social global.

O *dumping* social tende a causar um dano pessoal, coletivo e difuso. Pessoal em face da figura do próprio empregado ser fragilizada, notadamente quando se vê em uma situação

⁴⁹²TOMAZETTE, Marlon. **Comércio internacional & Medidas Antidumping**. Curitiba: Juruá, 2008, p.72.

de precarização na relação de emprego, muitas vezes, por mecanismos, aparentemente, formais, como a terceirização ou a quarteirização trabalhista, ou, nos casos mais graves, quando inserido em um perfil de informalidade ou submetido a um ambiente de trabalho não observador das proteções mínimas quanto à segurança e à medicina do trabalho. Há, ainda, os casos de jornadas além do limite constitucional, nem mesmo previstas por negociação coletiva, de tolerância de práticas exaustivas e psicologicamente danosas de produção, o manto da vigilância regularmente assediadora, da sonegação previdenciária, fiscal e fundiária, dentre outros.

O dano coletivo concretiza-se com a repetição das ilicitudes, em uma versão que atinja categorias profissionais definidas, nos termos do art. 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, fragilizando a representatividade sindical e a capacidade de negociação pela via coletiva desses empregados, esvaziando a legitimidade representativa e a função social dos entes morais coletivos trabalhistas que tem, como razão fundamental de ser, a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, conforme previsto no *caput* do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil. Reflete-se em uma macrolesão impingida aos consumidores, aos contribuintes e a todos os que, de forma indireta ou direta, participem da produção, da comercialização, do consumo ou não sejam alvo de políticas públicas de Estado custeadas por fontes próprias e provenientes da fiscalidade laboral. Exemplo disso é o caso dos não recolhimentos fundiários ou das contribuições previdenciárias, pois diversas políticas públicas habitacionais, de auxílio ao trabalhador em momentos de desamparo econômico, e a concessão do seguro-desemprego, dele dependem. Na mesma linha, “(...) os recolhimentos previdenciários servem igualmente ao custeio da Seguridade Social, que inclui a prestação de serviços de saúde pública”⁴⁹³. As implicações dessa prática, como se nota, espraiam para além do direito do trabalho e se ramificam na previdência social, nas relações consumeristas, na efetivação do direito à saúde e à habitação e, nos termos até então defendidos, na concorrência, conforme leciona Melo *et al*⁴⁹⁴:

Ao se acentuar a análise econômico-concorrencial da questão, positiva-se a noção de que não é apenas a situação particular de cada explorado que inspira a tutela; mais amplamente, está-se tutelando todo o setor econômico envolvido: os interesses de empregadores cumpridores da legislação e o interesse de todos os demais trabalhadores na iminência de despojamento de direitos em decorrência do nivelamento por baixo das práticas concorrenciais.

⁴⁹³ SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Dumping Social nas relações trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p.9.

⁴⁹⁴ MELO, Luiz Antônio Camargo de; BRASILIANO, Cristina Aparecida Ribeiro; MORENO, Jonas Ratier; FABRE, Luis Carlos Michele. O novo Direito do Trabalho: a era das cadeias produtivas – Uma análise do Protocolo adicional e da recomendação acessória à Convenção 29 da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**. v. 1, n.1, p.311-335, p.319.

Os bens jurídicos a serem tutelados, no combate ao dumping social, são multidisciplinares. A dogmática jurídica brasileira depara-se com dificuldades na condução de temas multidisciplinares pela própria cultura de linearidade e de departamentalização dos diversos ramos do Direito. Um único instituto reverbera em, no mínimo, três campos da juridicidade e emergem discussões sobre as atribuições e as competências dos órgãos administrativos, ministeriais e jurisdicionais legitimados a atuar nos casos concretos. Causa, ainda, confusão sobre a pertinência teórica do instituto ao Direito do Trabalho e seus operadores, pioneiros no ativismo judicial brasileiro e acerca dos limites de atuação e das possibilidades do CADE em investigar e em aplicar sanções a operadores de mercado pela prática de dumping social.

Diante dos delineamentos já expostos, deduz-se que a normatividade vigente, própria do direito internacional e do direito da concorrência local, já contempla interpretativamente o dumping social como figura anticompetitiva. A celeuma gira, apenas, em torno da terminologia adotada, visto que, em razão do seu conteúdo, pode e deve ser averiguada no âmbito do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da OMC caso se trate da prática de dumping internacional oriunda da prática de preços inferiores no país de origem na hipótese de identificados os elementos elencados ao norte ou ainda investigada pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência, por intermédio do CADE, se verificadas, pelos agentes internos, as condutas previstas no art. 36, em especial as constantes, nos incisos II, III, IV, §3º, inciso XV, caso se materializem frente a um nexo causal entre custos sociais trabalhistas e previdenciários e as infrações enunciadas.

Fernandez invoca quatro características próprias do dumping social: a) a concorrência desleal por meio da venda de produtos a valores inferiores ao preço de mercado; b) a conduta reiterada; c) a utilização de mão de obra em condições inadequadas aos patamares laborais mínimos e; d) a ocorrência de danos sociais⁴⁹⁵. Presentes tais características, no pensamento do autor, o Poder Judiciário Trabalhista estaria apto a agir e a condenar o empregador, inclusive mediante a aplicação de sanção extraordinária *ex officio* como medida eficaz e reparadora do dano social causado. Essa afirmação carrega consigo controvérsias de ordens diversas por conceder competência não prevista na Constituição ou na legislação ordinária à Justiça do Trabalho e ao Ministério Público do Trabalho, por prever hipótese de atuação jurisdicional sem a devida provocação, desprezando a legalidade e excepcionando princípios

⁴⁹⁵FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.87-94.

jurídicos consagrados na teoria geral do direito processual; por criar, pela via do ativismo judicial, conduta estranha ao direito do trabalho, embora dele oriunda, na medida em que, se o instituto pode ser tratado pela defesa comercial, a sanção judicial seria *bis in idem* por órgão não competente; por carecer de elementos técnicos na identificação jurídica da distorção da concorrência e na justificação do nexo causal entre os descumprimentos de direitos trabalhistas e o dano à ordem econômica. Esclarecer esses aspectos é encargo da seção a seguir.

5.2 PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA E SEUS LIMITES NA IMPLEMENTAÇÃO DA FUNÇÃO CONCORRENCIAL DO DIREITO DO TRABALHO

As legislações trabalhista, civil e concorrencial são silentes sobre a previsão expressa do dumping social, embora o assunto seja amplamente discutido, na seara internacional, e ganhe fôlego, na jurisprudência trabalhista e na doutrina laboral, o debate sobre os seus contornos. A única tentativa de regulamentar a matéria tramita na Câmara dos Deputados, viabilizada pelo Projeto de Lei 1615/2011, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra (PMDB/MT), que fixa indenização e multa administrativa para a empresa que pratique a concorrência desleal descumprindo a legislação trabalhista para oferecer o seu produto com preço melhor⁴⁹⁶.

O projeto limita-se à previsão de multa administrativa e de indenização, em face da empresa infratora, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego e da Justiça do Trabalho, e olvida qualquer repercussão em sede de concorrência, embora faça alusão ao favorecimento concorrencial. Peca, também, por não estabelecer parâmetros aplicáveis para saber quem são os concorrentes prejudicados, deixando tarefa tão complexa ao arbítrio do juiz trabalhista que, frise-se, não detém conhecimento específico da matéria por ser matéria alheia à sua formação jurisdicional, excluída até mesmo do conteúdo programático dos concursos públicos para ingresso na magistratura. Mencione-se que a delimitação dos danos, ao setor afetado por

⁴⁹⁶Art. 1º Configura “dumping social” a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência. Art. 2º A prática de “dumping social” sujeita a empresa ao: a) pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a cem por cento dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho; b) pagamento de indenização à empresa concorrente prejudicada equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto; c) pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Art. 3º O juiz, de ofício, a pedido da parte, de entidade sindical ou do Ministério Público pode declarar a prática de “dumping social”, impondo a indenização e a multa estabelecidas nas alíneas “a” e “c” do art. 2º. Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

condutas desleais provenientes de atos praticados no mercado nacional, é fase integrante de procedimento próprio de atribuição do CADE, assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 48 da Lei 12.529/2011, sendo o tema de tamanha relevância que a legislação garante o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade⁴⁹⁷.

Em agosto e em novembro de 2012, foi julgado, pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Recurso de Revista 78200-58.2009.5.04.0005⁴⁹⁸, cujo objeto envolvia a análise de condenação por dumping social, decorrente do reconhecimento de ofício da conduta, e, por conseguinte, a condenação a título de dano moral coletivo, por parte do juiz de primeiro grau, e a sua manutenção pelo respectivo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. O TST entendeu (e mantém, majoritariamente, seu posicionamento, nesse sentido, até hoje) que os juízes não podem arbitrar indenizações sem que haja pedido expresso na petição exordial, a custo de violação às regras e aos princípios processuais encartados, nos artigos 5º, LIV e LV da CRFB/88 e arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, quais sejam o princípio do contraditório, da ampla defesa e da adstrição, a configurar manifesto julgamento *extra petita*⁴⁹⁹. Com a decisão, os acórdãos de segunda instância foram reformados e as rés desresponsabilizadas.

⁴⁹⁷ Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica: I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. Art. 49. O Tribunal e a Superintendência-Geral assegurarão nos procedimentos previstos nos incisos II, III, IV e VI do caput do art. 48 desta Lei o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer tratamento sigiloso de documentos ou informações, no tempo e modo definidos no regimento interno.

⁴⁹⁸ INDENIZAÇÃO POR “DUMPING SOCIAL” DEFERIDA DE OFÍCIO – JULGAMENTO “EXTRA PETITA” – ARTS. 128 E 460 DO CPC. 1. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, ou conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Interpretação dos arts. 128 e 460 do CPC. 2. Na hipótese, o Regional condenou a Atento Brasil Reclamada, entre outras verbas, ao pagamento de indenização decorrente de “dumping social”, sem que tal pleito constasse na inicial. 3. Dessa forma, verifica-se que o acórdão guerreado extrapolou os limites em que a lide foi proposta, tendo conhecido de questão não suscitada, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, o que afrontou os arts. 128 e 460 do CPC (TST, 7ª Turma, PROCESSO Nº TST-RR-78200-58.2009.5.04.0005, Relator Ives Gandra Martins Filho).

⁴⁹⁹ RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR. NULIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. O cerne da controvérsia está em saber se poderia o egrégio Tribunal Regional, no âmbito de Reclamação Trabalhista individual, mesmo que ausente pedido específico, condenar ex officio a reclamada ao pagamento de indenização suplementar por dano social causado a título de dumping social. Há de se reconhecer o julgamento extra petita pelo egrégio Tribunal Regional quando condena a reclamada ao pagamento de indenização que não foi requerido na petição inicial. A Jurisprudência das 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 7ª Turmas desta Corte têm adotado o entendimento de que a ausência do pedido de condenação da empresa em indenização em razão de - Dumping Social - consiste em

Há, ainda, decisão da 8ª turma do TST sobre o tema que diverge quanto à autonomia do dumping social, na formulação de indenização própria, negando provimento a recurso de revista, interposto pelo Ministério Público do Trabalho, cujo pedido era reforma de acórdãos da Corte Regional, em face do pedido de indenização suplementar fundar-se em ato ilícito único e o dumping social ser, aos olhos da ministra relatora, uma consequência do ato ilícito que originou a condenação por dano moral coletivo⁵⁰⁰. Assim, para a parcela da jurisprudência que defende a regularidade da aplicação de indenização supletiva a título de dumping social, só restaria possível tal casuística em ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho, legitimado competente para a propositura das ações em sede de tutela dos direitos e interesses transindividuais (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor) que atinjam toda a sociedade (art. 127, 129, III, CRFPB/1988 c/c arts. 83, III e 84, da Lei Complementar nº 75/93)⁵⁰¹, por se tratar de direito extrapatrimonial coletivo. Duas outras correntes existem sobre o assunto: a primeira defende que os legitimados seriam o Ministério Público e o Sindicato da categoria, devendo a indenização, nessa hipótese, “(...) ser revertida para um fundo correlato dos trabalhadores, ou para instituições que se voltem ao combate de tais ilicitudes no campo empresarial, ou que se dediquem à clientela de vulneráveis”⁵⁰² e a

juízo de julgamento extra petita: RR-1032-98.2012.5.15.0156, Rel. Min.: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma; RR-49300-51.2009.5.15.0137, 3ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte; R-131000-63.2009.5.04.0005, 4ª Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing; RR-79-37.2011.5.09.0965, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; RR-78200-58.2009.5.04.0005, Rel. Min.: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma; RR-11900-32.2009.5.04.0291, 1ª Turma, Rel. Min. Waldir Oliveira. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 3894-13.2010.5.15.0156, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 04/11/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015).

⁵⁰⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRANSGRESSÕES DE NORMAS TRABALHISTAS – DUMPING SOCIAL – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO 1. O Ministério Público postula a reforma do acórdão regional para que se condene a Ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo fundada em descumprimento de normas garantidoras de direitos trabalhistas e por dumping social. 2. Quanto ao pedido de indenização fundado em descumprimento da legislação trabalhista, o apelo não pode ser conhecido por ausência de interesse recursal. Ao contrário do alegado, o acórdão regional manteve a sentença que condenara a Ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo descumprimento da legislação trabalhista em relação a grande número de empregados. 3. Também é indevida a condenação ao pagamento de indenização por danos morais em razão de dumping social, pois o ato ilícito indicado é único, consistente no descumprimento da legislação trabalhista. O dumping social é tão somente consequência do ato ilícito que gerou o direito a indenização já deferida. Recurso de Revista parcialmente conhecido e desprovido. (TST, 8ª Turma, Processo: RR - 613-18.2011.5.20.0013 Data de Julgamento: 24/02/2016, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016).

⁵⁰¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SUPRESSÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA (Processo: AIRR - 559-31.2013.5.15.0107 Data de Julgamento: 16/12/2015, Relator Desembargador Convocado: Breno Medeiros, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015).

⁵⁰² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho – formas de combate. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, v. 43, p. 64-79, 2015, p.68

segunda defende a ampliação do rol de legitimados, sendo aplicável o art. 5º da Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁵⁰³.

Maiores debates sobre os órgãos legitimados não prosperarão, nesse trabalho, haja vista que o entendimento defendido será o da falta de competência material da Justiça Laboral para processar e julgar a matéria. Antes de se esclarecer o posicionamento adotado, é de fundamental importância o esclarecimento da linha de raciocínio que se segue. Uma leitura mais apaixonada desse trabalho poderia levar à conclusão de que se trata de uma ação orquestrada contra o Direito do Trabalho e a Justiça Especializada que o aplica. Indubitavelmente, não se trata disso. Os posicionamentos aqui defendidos tem ponto de vista e alinhamento bem definido.

O conceito de Direito do Trabalho, no âmbito da literatura própria, não se restringe aos moldes varguistas em vigência no Brasil. A diversidade de modelos trabalhistas caminha entre a prevalência das regras negociadas sobre as legisladas e o inverso, restando uma alternativa, situada no ponto de equilíbrio que não sufoque o crescimento e o desenvolvimento econômico e, simultaneamente, o acesso ao direito do trabalho e à promoção da juridicidade que lhe é peculiar. Tentou-se a todo o tempo conciliar a ideia de liberdades econômicas com a promoção de um conjunto de direitos fundamentais trabalhistas sem que isso implicasse no tradicional embate, entre os defensores do protecionismo demasiado e do libertarianismo sem sentido, que ignora a realidade da vida, do mercado e da multiplicada aneticidade presente em muitas relações jurídico-trabalhistas.

Advirta-se que a Justiça é do Trabalho, e não do trabalhador e essa assertiva, por mais óbvia que ressoe, precisa ser lembrada para que se evitem partidarismos decisionistas distantes da boa técnica jurídica. A competência jurisdicional, fixada na Emenda Constitucional N. 45, de 2004, ampliou o leque de atuação da Justiça Laboral para apreciar relações de trabalho *lato sensu*, deixando de ser a justiça da relação empregatícia. Essa alteração serviu também para reafirmar que o critério de apreciação das lides apresentadas deve considerar, no ato decisório, não apenas os sujeitos envolvidos, mas, também, o objeto discutido. Em outras palavras, o Poder Judiciário tem a função de assegurar que as suas decisões sejam orientadas pelas regras básicas da Teoria Geral do Processo, sob pena de se

⁵⁰³DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO ESPECÍFICO. LEGITIMIDADE. Compete aos legitimados que compõem o rol previsto no artigo 5º da Lei 7.347/1985, por meio da Ação Civil Pública, pleitear indenização decorrente de dumping social, dando-lhe a destinação prevista na legislação pertinente, pois o dano repercute socialmente, gerando prejuízos à coletividade, não podendo ser deferida de ofício, por ausência de previsão legal. (RO-0001756-47.2011.5.18.0191, Rel. Des. GENTIL PIO DE OLIVEIRA, julgado em 10-7-2012). (TRT18, RO - 0010515-28.2015.5.18.0104, Rel. KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE, 1ª TURMA, 13/07/2015).

legitimar a existência de julgamentos kafkianos, baseados em convicções estritamente subjetivistas e dissociadas de qualquer arrimo constitucional e legal.

Outra ponderação é no tocante à indispensabilidade de respeito à tripartição dos poderes insculpida no art. 2º da Constituição da República. O avanço, na sociedade brasileira, desde a Assembleia Constituinte que resultou na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), reconhecidamente rica e inédita quanto aos direitos individuais e coletivos e aos meios para que esses possam ser efetivamente assegurados⁵⁰⁴. O papel fundamental, nesse processo de concretização de direitos, coube ao Poder Judiciário, de modo que "(...) a Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição"⁵⁰⁵. Por outro lado, ressalte-se a importância no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais como basilar ao estabelecimento e à manutenção da dignidade, de forma que "(...) não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa"⁵⁰⁶.

Forçoso registrar que "(...) o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa (...)"⁵⁰⁷, remetendo a uma omissão institucional desse quanto ao exercício de suas funções, de forma a inviabilizar o pleno gozo dos direitos individuais e coletivos. Assim, verifica-se que a solução tripartida não parece mais agradar às comunidades políticas, não sendo propriamente ferido o princípio da separação dos poderes tão só pelo surgimento da figura desse novo juiz ativista, confeccionador de decisões concretizadoras, por se estar diante de uma revisitação e uma adequação da teoria proposta por Montesquieu e de um governo democrático que se desenvolve em um Estado de Direito, que se afastou material e formalmente da concepção tradicional de separação dos poderes.

O panorama social favorece o surgimento do ativismo judicial. Isso se dá em função das Constituições ocuparem a posição de vetor maior da sociedade, regendo, ainda que indiretamente, todas as relações nela ocorrentes. As Constituições, especialmente as do tipo

⁵⁰⁴LUCENA FILHO, Humberto Lima de; BRANCO, M. M. A súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho e o ativismo judicial: a defesa da hermenêutica constitucional não seletiva. In: Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Maria Aurea Baroni Cecato - CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara. (Org.). **Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II**. 1ed.Florianópolis/SC: CONPEDI, 2015, v. 24, p. 421-448.

⁵⁰⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.946.

⁵⁰⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.126.

⁵⁰⁷RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

analíticas, ao contrário do sistema de *commom law*, são repletas de princípios, de conceitos jurídicos vagos cuja delimitação é remetida para o intérprete, e funcionam, muitas vezes, como demarcador social de intenção, quando não resplandecem direitos.

A decorrência natural desse processo tem sido a judicialidade dos direitos sociais. Entretanto, imprescindível salientar que, apesar do Judiciário ter como função a interferência, com vistas à garantia do cumprimento dos direitos sociais fundamentais sempre que os demais poderes não cumpram com suas obrigações, concebendo-se, assim, entre as funções do juiz a de garantidor das promessas constitucionais, tal como um engenheiro social propriamente dito, deve ser claro para todo e qualquer intérprete e aplicador da lei que a atuação criativa adstrita aos magistrados no aplicar do direito, dado a evolução constante e a necessidade dessa atuação, é inevitável acrescer que toda interpretação tem natural dose de criatividade (conquanto não possa se abeberar de arbitrariedade, devendo a criação judicial ser pautada em razoáveis limites processuais e substanciais). Decerto, o quadro enseja diversos alertas, especialmente o fato da análise isolada do magistrado poder se dissociar da realidade, servindo a lacuna legislativa como um depósito de convicções meramente pessoais justificadas pela riqueza argumentativa do direito, sem que isso seja uma operação de raciocínio lógico compatível com o espírito constitucional, por exemplo. Além disso, esvazia-se a representatividade simbólica do processo legislativo e da legitimação democrática daqueles que o elegeram, causando risco mortífero ao princípio democrático.

A sociedade e as relações dela decorrentes, fluidas que são, no quadro mundial configurado globalizado, têm se alterado velozmente, de forma que, ao legislador, seria impossível acompanhar. Para dirimir os conflitos, antes impensados, faz-se imprescindível socorrer-se dos conceitos jurídicos abertos, dos princípios, da ponderação de valores, do neoconstitucionalismo e sua junção de direito e moral, mas isso não produz fundamento para ruptura, ausência de limites ou insegurança jurídica. A liberdade de convencimento do juiz está em risco se não limitada por uma dogmática que estanque a sua atuação. Uma jurisprudência estritamente valorativa, travestida das melhores intenções, pode guardar consigo um ativo perigo jurídico que objetivamente signifique uma violência de direitos e de garantias para alguém, considerando que a cada direito corresponde um dever conexo e que não existem direitos sociais que não sejam econômicos e, por conseguinte, abiogenéticos.

O ativismo judicial ocorre de duas formas: a) na modalidade inovadora, quando o magistrado, sem fundamento legal pré-existente, cria uma norma aplicável ao caso; b) na tipologia reveladora, que se socorre de um teto constitucional para interpretar e fornecer o

provimento jurisdicional a todos os casos⁵⁰⁸. De qualquer forma, essa discricionariedade não é incondicionada, não sendo corolário de autorização em branco para que o Judiciário legisle discricionária e subjetivamente acerca de questões sociais. Indubitável que o Legislativo manifestando-se sobre algum tema prevalecerá essa posição, haja vista, em um regime democrático, um Congresso regularmente eleito represente, sim, a vontade da maioria, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes e da legalidade, ambos suporte da democracia.

Destarte, discorda-se visceralmente da justificativa fornecida por Souto Maior para a condenação extraordinária *ex officio* de empresas por dumping social: o resgate da capacidade de indignação⁵⁰⁹. Ora, indiscutível que a irresignação diante das repetidas condutas de submissão de trabalhadores às condições degradantes devem despertar o senso de justiça e de reprimenda de tais ações. A humanização do Poder Judiciário denota compreensões distintas: passa pelo não tabelamento de indenizações por danos morais e pelo tratamento da história de pessoas como se fossem dados de uma tabela estatística, pela análise econômica de suas decisões fixando critérios claros e robustos na fixação dos danos individuais e coletivos, a exemplo da utilização dos preceitos da teoria dos *punitive damages* aplicados à responsabilização civil do empregador nas demandas individuais e na tutela coletiva (exceto a do dumping social por carecer de substrato normativo que lhe dê fundamento constitucional), dentre outras casuísticas diversas.

A Justiça do Trabalho e nenhum outro ramo judiciário deve se arvorar da missão de salvadora da pátria, em termos de direitos fundamentais, mesmo sendo cônica do seu papel, na reparação de danos e na imposição da substitutividade como característica da jurisdição. De acordo com o pretexto de combate a uma guerra que nem sempre é sua, a assunção de causas e de atribuições pertinentes a outros poderes e órgãos finda por criar uma distorção do processo, que há tempos deixou de ser inquisitivo para ser acusatório.

O sentimento de indignação dos profissionais do Direito deve ser temperado pela consciência de que os atos jurídicos e processuais possuem fontes formais e que um dos fundamentos de existência do sistema jurídica é o da estabilidade das relações sociais, cujo resultado primário é a segurança jurídica. O processo judicial, à luz da teoria dos jogos, é um jogo, no qual deve haver a simetria de informações, onde os seus *players* devem saber previamente as regras válidas e que podem ser utilizadas na marcha que o impulsiona.

⁵⁰⁸ NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. **Revista do TRT - 15ª Região**. Campinas, n. 38, p. 57-74, jan./jun. 2011, p.66.

⁵⁰⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Dumping Social nas relações trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p.26-34.

Surpresas jurídicas, criadas em nome da concretização de direitos fundamentais, são incompatíveis com a razão de ser desses, dado que o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal são as vigas sustentadoras da igualdade formal e do conceito de acesso à justiça como aquisição de uma ordem jurídica justa. Registre-se novamente que não há previsão legal expressa da figura do dumping social (o que não exclui a possibilidade de seu reconhecimento como um fato econômico e um fato jurídico) e, até o momento, já houve um fracasso legislativo na tentativa de regulamentar a matéria⁵¹⁰, fato que deve ser considerado pelo Judiciário, sobretudo ao inovar no já intenso ativismo sumular e jurisprudencial.

As primeiras decisões exaradas pela Justiça do Trabalho, na condenação por dumping social, fundamentavam-se, precipuamente, na orientação emitida pelo Enunciado número 4 da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, de 2007:

ENUNCIADO 4 - DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social', motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás já previam os artigos 652, 'd', e 832, § 1º, da CLT". Aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.

Insta pontuar que os enunciados aprovados, nas Jornadas de Direito Material e Processual do Trabalho, não tem caráter vinculante, visto se tratarem de teses, criadas no âmbito da doutrina trabalhista, que tentam regular os casos concretos submetidos ao Judiciário laboral. O critério aplicado é o de sucessivas condenações, em sede de reclamações trabalhistas, de um mesmo empregador por motivos de não adimplemento de verbas salariais, sobretudo de falta de recolhimentos fundiários e de não quitação de rescisões, caracterizador da locupletação ilícita do empregador, que se apropria da produtividade humana sem a observância das regras e dos parâmetros limitativos ao exercício do seu direito.

O enunciado transcrito tem sido a maior fonte de convencimento e de motivação das decisões que reconhecem o dumping social, como espécie comportamental, apta a ensejar a reparação por danos sociais na esfera da Justiça do Trabalho. Aplicar o raciocínio reverbera, em uma problemática processual principiológica fundamental, por relativizar três postulados do direito processual e uma regra informadora da distribuição e da fixação de poder na

⁵¹⁰ Trata-se do Projeto de Lei n. 7.070/2010, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), arquivada pela Mesa da Câmara dos Deputados.

jurisdição: a competência material da Justiça do Trabalho, o princípio da unicidade de convicção, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal e da adstrição.

O art. 114 da Constituição da República fixa as hipóteses de competência material de processamento e de julgamento pela Justiça do Trabalho. É na natureza da relação material deduzida em juízo que reside a atração jurisdicional para o Judiciário Trabalhista que se manifesta por meio da causa de pedir e do pedido. Os incisos VI e IX⁵¹¹ trazem uma cláusula específica de pertinência objetiva quanto aos danos morais e materiais, decorrentes da relação de trabalho e uma cláusula genérica de previsão material não exaustiva, condicionada à regulamentação por lei, sendo o inciso IX de eficácia contida ou restrita.

Poder-se-ia afiançar que a previsão de danos sociais derivados de inescusáveis violações trabalhistas seria derivada das relações de trabalho, portanto enquadráveis, minimamente, no inciso VI. Ocorre que há um elemento estranho, no conceito de dumping social, que impede a atuação da jurisdição trabalhista - os danos à concorrência. Assim, se a condenação se dá no curso de uma ação individual, que comine sanção especificada e pedida, em face da violação de condições de trabalho e de parcelas inadimplidas, está a se tratar de uma astreinte pela demora de cumprimento da ordem judicial ou de outra penalidade que guarde nexo de causalidade com o dano individual e não invoque danos de massa para justificar um ativismo judicial, portanto, resguardada está a legalidade da medida.

Em outra via, na esfera das tutelas inibitórias e repressivas coletivas, onde se toma por base a quantidade de condenações contra o mesmo empregador e se leva em conta os motivos (em regra, os mesmos, a exemplo do não pagamento de horas extras) dessas condenações, não há maiores discussões a serem travadas. Entretanto, se a fundamentação se dá pela relação de causa e efeito entre as políticas institucionais trabalhistas e as vantagens competitivas, a Justiça do Trabalho carece de competência material e aptidão técnica para sancionar os empregadores, dado que a depender da amplitude e envergadura produtiva do empregador e da conduta específica desenvolvida (prática de preços inferiores ao mercado exportador, aumento arbitrário dos lucros, preços predatórios e as demais infrações exemplificadas), já estaria autorizada a investigação pelo DECOM/CAMEX ou pelo CADE.

Se a fonte primária do instituto é de natureza doutrinária, não há de se desprezar seus componentes teóricos. Admitir tal previsão elástica seria o mesmo que admitir, por exemplo, que o fato de muitos desastres ambientais terem sua gênese, no ambiente de trabalho,

⁵¹¹ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

isoladamente, já configuraria a competência especializada e que qualquer fato jurídico que tenha se dado no curso de uma relação empregatícia e seus derivados atraia a competência material trabalhista. Portanto, a polissemia do inciso IX contempla (ou tem o poder latente de fazê-lo) outras controvérsias paralelas que envolvam terceiros, desde que previstas por lei ordinária, conquanto o caráter aberto desse inciso tem por finalidade promover a adaptação da regra generalista prevista no inciso I do art. 114 a fatos sociais não previstos por ocasião da edição da regra-matriz⁵¹².

A ausência de lei específica, portanto, impede o exercício do poder sancionatório em face do dumping social, por inexistir previsão legal autorizadora de ação da Justiça do Trabalho em hipótese anticoncorrencial. Até mesmo uma tímida decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região já admitiu o descabimento da indenização por dumping social por carecer de competência material e configurar *bis in idem* ao empregador. O excerto do acórdão da 2ª turma do TRT 3ª Região, de relatoria do Desembargador Jales Valadão indica um fio de esperança⁵¹³:

(...)

Mas a aplicação de pena, sem expressa previsão legal, mesmo em caso de revelia e confissão, viola a regra da parte final do inciso XXIX artigo 5º da Constituição Federal, além do princípio da reserva legal (inciso II artigo 5º da Constituição Federal). E, principalmente, não atende à regra básica da divisão de competências previstas na Lei Maior, que não dá ao Poder Judiciário, aquela de criar penalidades, a critério do Juiz. Essa função é exclusiva do legislador, eleito para essa finalidade específica.

Aplicar outra penalidade, em razão da mesma infração, além daquela que deverá ser imposta (artigo 628 CLT) pela autoridade administrativa (o Ministério do Trabalho), implica em "*bis in idem*", vedado pelas regras de direito.

(...)

Assim, apesar do descumprimento da legislação trabalhista, decorrente de evento processual (revelia e confissão), não existem indícios para considerar configurada a prática de dumping social, pela Reclamada, pois não existe prova que a ausência de pagamento das parcelas, deferidas na r. sentença, por ficção jurídica (revelia e confissão), tenha conferido à empresa situação vantajosa no mercado, capaz de resultar em maiores ganhos, ou mesmo de oferecer aos consumidores, em decorrência das práticas denunciadas, preços competitivos no mercado de postos de gasolina, na cidade de Campina Verde, onde está localizada a empresa (fl. 281), não havendo prova, portanto, da prática de concorrência desleal. Aliás, essa matéria nem

⁵¹²ROMITA, Arion Sayão. **Competência da Justiça do Trabalho**. Curitiba: Gênese, 2005, p.29-30.

⁵¹³HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ASSISTENCIAIS - SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. São devidos os honorários advocatícios a favor do Sindicato Autor, quando atua na condição de substituto processual, pelo entendimento do item III da Súmula 219 do Colendo TST. (TRT 3- 00111-2014-157-03-00-2-RO, Data de julgamento: 25/11/2014, Rel: Desembargador Jales Valadão Cardoso, 3ª turma, Data de publicação: 28/11/2014.

mesmo está compreendida na competência *ex ratione materiae* da Justiça do Trabalho.

O descumprimento da legislação trabalhista, nem mesmo quando provado mediante ficção jurídica, em razão da contumácia da ré, não propicia, de forma automática e imediata, o direito a esse tipo de indenização, principalmente quando a r. sentença determinou o pagamento das parcelas devidas aos trabalhadores, em razão do descumprimento das normas aplicáveis. Sem contar que o valor da indenização nem mesmo pode ser considerado razoável, para não dizer exatamente o contrário. O abuso não deve ser tolerado pelo direito, sejam quais forem as justificativas formais, porque não servem à causa da Justiça.

Em consequência, dou provimento ao apelo, neste ponto, para excluir da condenação a indenização por “dumping social”, por falta de previsão legal e violação de regras básicas sobre competência, estipuladas na Constituição Federal e na legislação ordinária.

A legislação comum trata da competência objetiva no art. 652 da CLT, constando na alínea “d” a hipótese mais aproximada da reparação por danos morais e materiais⁵¹⁴. A preocupação com os limites da competência denota a delimitação das espécies de causas que um juiz pode julgar e prover soluções⁵¹⁵. Extrapolar a medida da jurisdição conferida pelo ordenamento jurídico fulmina o processo judicial de nulidade absoluta, podendo ser arguida pelas partes e conhecida de ofício pelo juiz, não correndo preclusão.

O Supremo Tribunal Federal⁵¹⁶ e o Tribunal Superior do Trabalho⁵¹⁷ já pacificaram o entendimento da competência trabalhista em face da apreciação de ações que contenham pedidos de dano moral. Controvérsias pairam a respeito da figura do dano moral coletivo ou do dano imaterial. A indenização por dumping social se constitui como modalidade de danos extrapatrimoniais coletivos (danos sociais decorrentes de violação a direitos transindividuais) e se diferencia por considerar dois tipos de prejuízos: os danos sociais e os danos específicos à concorrência. Evidentemente os danos sociais, oriundos de violações trabalhistas, existem e devem ser combatidos na esfera da tutela coletiva como uma:

lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade,

⁵¹⁴ Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência;

⁵¹⁵ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. II, 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002, p.108.

⁵¹⁶ Súmula Vinculante 22, STF - A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

⁵¹⁷ Súmula nº 392 do TST - DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (redação alterada em sessão do Tribunal Pleno realizada em 27.10.2015) - Res. 200/2015, DEJT divulgado em 29.10.2015 e 03 e 04.11.2015 - Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores e bens fundamentais tutelados pelo sistema jurídico⁵¹⁸.

A jurisprudência e a doutrina trabalhistas são abundantes nas manifestações de reconhecimento do dano moral coletivo e dos critérios de fixação das indenizações sancionatórias. Caso verificado que determinado agente econômico, recorrentemente, é réu em ações trabalhistas, sobretudo por temas que digam respeito aos valores jurídicos consignados no bloco de convencionalidade, inexistem impedimentos jurídicos para a ação fiscalizatória. Assim, a utilização de ferramentas e de relatórios, promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça, a exemplo do “Justiça em números”, e dos relatórios, no âmbito das Cortes Regionais, servem à identificação da quantidade de demandas existentes em nome do mesmo empregador e dos demais integrantes do grupo econômico respectivo; o monitoramento da natureza das parcelas devidas aos autores; o índice de autos de infração lavrados e o motivo das autuações e os registros de acidentes de trabalho, as doenças ocupacionais e profissionais acostadas junto ao Instituto Nacional do Seguro Social são elementos consistentes para o embasamento de uma ação coletiva que busque reprimir as sistemáticas violações trabalhistas e as suas repercussões sobre os custeios públicos, por exemplo. Contudo, tais dados não servem à motivação de uma indenização suplementar por *dumping social*, pois são indícios de vantagens concorrenciais, a serem investigadas mediante comunicação ao órgão com atribuição legal para ação.

A divisão de competências materiais também contribui para a linearidade lógica decisória pretendida pelo princípio da unidade de jurisdição e seu desdobramento – o da unicidade de convicção. A unidade de convicção objetiva impedir a apreciação do mesmo fato por mais de um ramo do Judiciário, sendo esses incomunicáveis e causando conflitos entre coisas julgadas. A unicidade de jurisdição, por sua vez, é complementar ao princípio anterior, sendo “(...) um instrumento de interpretação ao discriminar competências, pois não seria salutar que um mesmo fato viesse a ser apreciado mais de uma vez em Justiça diferentes, ressaltando o zelo em evitar decisões contraditórias (...)”⁵¹⁹, que abalariam a segurança jurídica e o senso de confiança dos jurisdicionados. Em matéria de concorrência desleal, oriundas das infrações existentes no art. 36 da Lei n. 12.529/2011, a competência material é

⁵¹⁸MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano Moral Coletivo**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2012, p.170.

⁵¹⁹BRITO, Henrique Magno. Ampliação da Justiça do Trabalho para conceder e restabelecer benefícios previdenciários decorrentes de acidente laboral. COELHO NETO, Ubirajara et al (coord). **Temas de Direito Previdenciário e de Direito do Trabalho**: estudos em homenagem ao Professor Augusto César Leite de Carvalho. Aracaju: Edição do Autor, 2012, p.15-58, p.124.

do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (art. 9º, II⁵²⁰), cuja atuação tem participação de membro do Ministério Público Federal, que emite parecer, nos processos administrativos, para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator (art. 20, Lei 12.529/2011). As decisões tomadas pelo CADE tem natureza de título executivo extrajudicial e são executadas na Justiça Federal do Distrito Federal, na sede ou no domicílio do executado, à escolha do CADE (art. 93 e 97).

As decisões do CADE podem, por constituírem esfera administrativa, ser submetidas ao poder revisional do Judiciário. Entretanto, ecoam críticas doutrinárias quanto à qualidade da decisão no âmbito judicial. A Justiça Federal confirma, aproximadamente, 74% dos casos transitados em julgado pelo CADE, contudo apontam-se vícios de revisão de ordem temporal e de insegurança jurídica: complexidade dos casos e incentivo para a priorização dos mais simples, realização de perícias que retardam ainda mais os procedimentos, dúvidas sobre o escopo da revisão judicial, conflitos de competência territorial, concessão de liminares, complexo sistema recursal, multiplicidade de ações sobre o mesmo caso, falta de expertise técnica, viés privatista das decisões, insensibilidade às razões regulatórias e refúgio no formalismo⁵²¹. Essas dificuldades foram identificadas, na análise de cerca de 1400 processos judiciais, provenientes de impugnação das decisões do CADE e reforçam as barreiras enfrentadas pelo Judiciário no solucionar de problemas de sua competência expressa, mas que não lhe são comuns. Imagine-se, agora, introduzir uma especificidade dessa monta, no cenário judicial trabalhista, ainda que sob a capa de dano social causado pelas incessantes violações e prejuízos à concorrência. O resultado criativo do ativismo judicial desemboca na agudização de um contexto de insegurança e distorção dos institutos pertinentes ao direito regulatório.

A atuação do CADE é estruturada mediante lei própria, com previsão de procedimentos administrativos para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, com garantia de tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade nas hipóteses expressamente previstas (art. 49). Ora, se as infrações econômicas são taxativamente previstas no art. 36 da lei destacada, não há sentido conferir à Justiça do Trabalho competência para apreciar as que tenham conexão com a figura do dumping social, fragmentando a concentração de matérias entre órgãos distintos, pois um mesmo fato estaria

⁵²⁰ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

⁵²¹ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Singular, 2014, p.18-28.

submetido a dois procedimentos diversos e resultados potencialmente contraditórios.

A segunda infringência presumida pelo enunciado tangencia o devido processo legal. Inscrito no art. 5º, inciso LIV e no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da Constituição da República constitui-se em um conjunto de garantias destinado às partes e à salvaguarda do processo como fator de legitimação da jurisdição⁵²². O caráter assecutorio desse princípio-norma visa prevenir ou corrigir violações de direitos⁵²³ e reúne os deveres de observância do procedimento lógico, adequado, realizado em regime de contraditório com as variadas particularidades iminentes à jurisdição civil, penal e trabalhista, “(...) cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz [...]”⁵²⁴. Portanto, além de resguardar o direito subjetivo das partes, o devido processo legal é instrumento de afirmação e de legitimidade da jurisdição frente aos jurisdicionados e mantendo uma ambiência de Estado Democrático Constitucional de Direito, que repulsa qualquer tentativa de ação fora dos primados da legalidade. Por mais grave a acusação que paire sobre um réu, no âmbito trabalhista, o direito fundamental ao devido processo legal material (correspondente à proporcionalidade) e formal (normas previamente estabelecidas, cujo processo de produção atentou às formalidades constitucionais)⁵²⁵ deve ser sempre observado, sob pena de se enveredar por um Judiciário policialesco, que se afirma pela coerção oriunda daquilo que reputa como justo e injusto.

Quanto ao tema em curso, o Enunciado n. 04/2007 prevê uma atuação extraordinária do magistrado para impingir condenação, independente de provocação da parte e de qualquer espécie de tutela concedida (individual ou coletiva), respaldando-se, no art. 404 do Código Civil e 652, ‘d’, e 832, § 1º, da CLT⁵²⁶. Razão não assiste ao raciocínio premiado no Enunciado. A uma porque a indenização suplementar devida ao credor referenciada, no texto

⁵²²DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini . **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.91.

⁵²³DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.69.

⁵²⁴DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini . **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

⁵²⁵DIDDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. V.1. Salvador: Juspodivm, 2008, p.33-40.

⁵²⁶Art. 404, CC. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Art. 652, CLT - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: d) d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência;

Art. 832, § 1º, CLT - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

civilista, dedica-se às perdas e danos, nas obrigações em pagamento em dinheiro, por ocasião da insuficiência dos juros de mora no cobrimento do prejuízo e não havendo pena convencional. Surge então a primeira dúvida: quem seria o credor na indenização pelo dano social? Estando a se tratar de uma indenização cujo fato gerador se dá pelas agressões reincidentes e inescusáveis a direitos trabalhistas que conferem uma vantagem indevida perante a concorrência, natural seria que os credores fossem os concorrentes que sofreram os danos. Partindo desse pressuposto, qual será o critério utilizado pelo juiz do trabalho para identificar quais os agentes foram afetados e a delimitação do tipo de mercado analisado com as respectivas características concorrenciais.

O questionamento é pertinente dada a motivação atuar como um dos corolários das sentenças judiciais ao evidenciar o livre convencimento do magistrado (art. 93, inciso IX, Constituição da República). Se o dispositivo sentencial deve decorrer logicamente da argumentação e da fundamentação jurídica que o antecede poder-se-ia asseverar que o *decisum* judicial é, analogicamente, uma espécie de materialização da teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos aplicada à sentença. Assim, o motivo que deu causa à condenação por dumping social integra a validade do dispositivo nesse aspecto específico, de modo que, se não há correspondência entre o motivo e a realidade, insubsistente a indenização suplementar⁵²⁷. Dito de outro modo, se o dispositivo condenatório faz referência aos danos sociais causados pela vantagem competitiva indevida, parece razoável que deva existir a justificação de quais danos ocorreram, sob a ótica concorrencial, quem os sofreu e em que medida houve prejuízo à concorrência leal, fazendo-se referências às infrações à ordem econômica, previstas na Lei n. 12.529/2011. Conforme já explanado em linhas pretéritas, o dano à concorrência não pode ser presumido; antes deve ser comprovado ou sua ameaça devidamente justificada, motivo que reforça a tese de que o magistrado do trabalho, no curso de uma reclamação trabalhistas ou mesmo de uma ação civil pública, ação civil coletiva, não detém elementos suficientes para tal aferição que possui regramento administrativo, além de lógica própria, no âmbito do CADE.

O novo Código de Processo Civil (Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2016), no art. 489, §1º, de aplicação supletiva e subsidiária ao Direito Processual do Trabalho, por força do art. 15 do NCPC e 769 da CLT, inova ao não considerar fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I) se limitar à indicação, à

⁵²⁷ A teoria dos motivos determinantes, de ampla aceitação no Direito Administrativo Brasileiro, preconiza que os atos administrativos que tiverem sua prática motivada e condicionada a tais razões tem vinculação aos motivos expostos para efeitos jurídicos. Cf.. MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.200.

reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A nova regra processual vem conferir estabilidade e lógica decisória e fortalecer o contraditório nos procedimentos processuais. A interpretação do comando legal leva a concluir que o juiz do trabalho deve aclarar os limites exatos e a justificação da indenização do dumping social, explicando a relação de seu julgamento com a causa, e tracejar qual a amplitude do conceito jurídico do dumping social e do dano social, explicando e comprovando a relação de causa e consequência do instituto com a causa julgada e a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas que envolvam indenização por violação da concorrência.

A exigência esposada pelo diploma adjetivo reforça ainda mais a necessidade da fundamentação jurídica como elemento de validade das decisões judiciais. A aplicação do texto à especificidade trabalhista demanda conhecimento técnico do magistrado quanto ao direito econômico e ao manuseio dos institutos próprios do sistema brasileiro de defesa da concorrência e se sabe que tal conhecimento e prática é alheia à Justiça do Trabalho. Ademais, se para a perfeita aplicação do *decisum* é fundamental que os argumentos das partes sejam considerados no convencimento do juiz, como tal regramento seria aplicado se a orientação de aplicação da sanção se dá extraordinariamente *ex officio*? A subtração do contraditório e da possibilidade de influenciar substancialmente a decisão anda na contramão da tendência de democratização e de modernização do direito processual, que empodera as partes como protagonistas da disputa judicializada, daí não haver sentido, sob esse ângulo, a manutenção do entendimento do Enunciado 04.

Deve-se recordar que, para além dos argumentos tracejados, por determinação do princípio da adstrição ou da congruência, o ato de julgamento deve se ater aos limites inseridos pela petição inicial, excluindo dessa regra os chamados pedidos implícitos ou acessórios. A peça vestibular é um projeto de sentença e a ela cabe estabelecer sobre quais temas o magistrado deve se pronunciar. A jurisdição combina o exercício de um poder que só

pode agir se provocado e na exata proporção do seu dever de agir⁵²⁸ e essa proporção consubstancia-se nos objetivos impostos pelas partes instrumentalizados pela relação entre a causa de pedir e o pedido, vinculando o julgador.

Para a validade processual do pedido, indispensável relação de causa e efeito entre o fato e o fundamento jurídico, vez que é ele – o pedido – que reclama a atuação mediata e imediata do Estado. Na mesma esteira, a causa de pedir congrega os fatos (causa remota) e a fundamentação jurídica (causa próxima); é a razão que leva o autor a acionar o Estado para receber a tutela pretendida⁵²⁹. A dissintonia entre causa de pedir, pedido e sentença ocasiona a prolatação de sentenças *ultra*, *citra* e *extra petita*, situações combatidas pelo Direito que qualifica tais equívocos como ensejadores de nulidade do dispositivo da sentença incompatível com os pressupostos em comento. Seguindo essa orientação, o Novo Código de Processo Civil, no seu art. 141, exige que o juiz decida o mérito, nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte e, no art. 492, proíbe o juiz de proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Logo, a ausência de fatos, fundamentos jurídicos e fundamentação jurídica que evidenciem inequivocamente a ocorrência do dano social e de danos à concorrência (na hipótese de reconhecimento da competência material para apreciar o dumping social) causaria nulidade absoluta quanto a esse ponto específico, razão pela qual insuficiente sanção extraordinária.

Ainda que se considerasse uma possível competência material da Justiça do Trabalho para apreciar reiterados descumprimentos de regras trabalhistas como substrato de condenação por danos à concorrência e presunção de vantagem competitiva, essa possibilidade só seria aventada, mediante uma ação cuja titularidade fosse do Ministério Público do Trabalho. Nesse caso, apenas o *Parquet* estaria apto a defender os interesses difusos e coletivos relacionados às relações de trabalho focadas na integridade da ordem jurídico-econômica, carecendo interesse de agir aos demais legitimados consignados nos art. 82 do CDC e art. 5º da Lei n. 7.347/1985. Da mesma forma, em reclamações trabalhistas individuais, incompatível o pedido de condenação por dumping social por se tratar de interesses que transcendem a relação jurídica individual.

⁵²⁸No âmbito do Direito Processual do Trabalho, as exceções à inércia jurisdicional estão expressamente previstas na lei: arts. 39, 878, CLT e 856, CLT.

⁵²⁹HOFFMAN, G. A.; MOTRESOL, D. O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo código de processo civil. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 14, n. 1, p. 55-69, jan./ jun. 2011, p.59.

Caso se queira insistir no resgate da capacidade de indignação, o máximo a ser feito pelo órgão ministerial e pela Justiça do Trabalho é a elaboração de ofício à Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, que contenha indícios de violação da concorrência para que aquele órgão encaminhe a denúncia ao CADE e esse proceda às investigações devidas. O papel fiscalizatório da inspeção do trabalho e da previdência deve ser destacado e fomentado como política de Estado na proteção aos direitos trabalhistas e, por via reflexa, na concorrência. O quantitativo de autuações, inquéritos civis conduzidos pelo Ministério Público do Trabalho, ações civis públicas e ações individuais cooperam para a formulação de um arcabouço sólido de indícios da prática de lucros arbitrários, abuso de posição dominante e preços predatórios, a depender de cada situação.

Feitas as considerações sobre os limites do reconhecimento do dumping social, o item que se segue cuida de analisar um caso emblemático da construção civil onde, muito embora não tenha ocorrido condenação específica por dumping social, o conjunto de elementos envolvidos na ação judicial específica e nos dados econômicos sobre o agente envolvido denota uma possível investigação pelo CADE.

5.3 O SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL E O DUMPING SOCIAL: UM ESTUDO DE CASO

Os setores econômicos possuem características próprias quanto aos custos de produção e às políticas trabalhistas desenvolvidas. Até agora se tratou dos aspectos teóricos e jurisprudenciais da concepção brasileira e internacional sobre o dumping social. A visualização do fenômeno se torna mais clara ao se estudar um caso específico, com repercussão nacional e que acabou provocando uma ação conjunta da Justiça do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego. Propõe-se, por meio da análise da situação, enxergar a relação de causalidade entre a gestão da mão de obra e as vantagens competitivas advindas disso.

A atuação de um agente de mercado da construção civil chama atenção pela política trabalhista que desenvolve no âmbito de suas atividades. Refere-se à construtora e incorporadora MRV Engenharia, pessoa jurídica de direito privado, na modalidade de Sociedade Anônima (S/A), de origem mineira, fundada em 1979, no setor de construção civil, e se dedica tanto à construção como à venda de imóveis, compondo, assim, o Grupo MRV, ao lado da Urbamais Desenvolvimento Tecnológico, Log Commercial Properties, Prime Incorporações e Construções e ARL Engenharia.

Desde esse período tem se destacado como uma companhia marcada pela agilidade e pela versatilidade nos negócios imobiliários. Arvorada sob o lema propagandístico da redução de custos, renovação e ética, com investimentos em projetos de responsabilidade social, ações ambientais e de incentivo ao esporte⁵³⁰, a empresa está presente em 132 cidades do Brasil, dentre 19 Estados da Federação mais o Distrito Federal, e tem uma média de 135 vendas diárias de apartamentos, atuando em um setor com déficit de moradia, qual seja a classe média e média-baixa (especificamente em Programas do Governo Federal de habitação popular).

Até 2006, a MRV Engenharia não figurava entre as 10 maiores construtoras do país. A vigorosa participação, no mercado habitacional, foi financiada pelos subsídios governamentais e pela respectiva introjeção de recursos públicos nos seus empreendimentos gerando seu destaque no cenário nacional. Em 2010, venceu o prêmio ITCnet - Informações Técnicas da Construção, constando categoria residencial, como a empresa que mais construiu no ano-referência, totalizando 349 canteiros de obra e 6.799.086,74 metros quadrados construídos (mais de dez por cento de tudo o que se construiu no país no mesmo ano). Dois anos mais tarde, em 28 de março, foi premiada pelo Jornal Estado de São Paulo e pelo Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo (SECOVI) pela sua performance, na região metropolitana de São Paulo, em 2011⁵³¹ (a companhia foi pontuada como a maior construtora e a segunda maior incorporadora na região paulista). De 2012 a 2015, a MRV Engenharia conquistou o primeiro lugar no Ranking ITC – As 100 Maiores da Construção, na categoria Recordista. O prêmio é concedido às construtoras com melhor desempenho durante o ano, levando-se em conta a maior quantidade de metros quadrados construídos, tendo a MRV 5.528.376,55 m² de área construída e 250 empreendimentos edificadas em 2015⁵³².

Orientada pela facilidade nas compras, pelas formas variadas de pagamento, a companhia alega ser a maior construtora e incorporadora do país. Um dos sítios eletrônicos da

⁵³⁰MRV ENGENHARIA. Disponível em: <<http://www.mrv.com.br/institucional/>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.

⁵³¹A MRV foi certificada ainda como 1º lugar ranking ITC- Mais Lançamentos, Mais Obras Entregues, Residencial Popular (2014); 1º lugar ranking ITC - Empresa que mais construiu em 2012, 2013 e 2014; 1º lugar- Top of Mind – Mercado Comum (2014); Maiores e Melhores Empresas de Minas Gerais - XVI Prêmio Minas - Desempenho Empresarial Mercado Comum ; 1º lugar Marcas Ícones - As mais lembradas do Espírito Santo- Categoria Construtora de Imóveis; Categoria Bronze – Prêmio Vitae Rio- Construção Segura, empresa viva- SECONCI; Vencedora do Prêmio Edison Zenóbio 2014 de Comunicação Imobiliária. MRV ENGENHARIA. **MRV em números**. Disponível em: <<http://www.mrv.com.br/pdf/mrv-em-numeros-pt.pdf>>. Acesso em 18 de março de 2016.

⁵³²MRV ENGENHARIA. **MRV Engenharia vence Ranking ITC pela quarta vez**. Disponível em: <<http://www.mrv.com.br/institucional/noticiasinterna/mrv-engenharia-vence-ranking-itc-pela-quarta-vez>>. Acesso em 18 de março de 2016.

MRV dedica-se às divulgações de clientes que receberam e se mudaram para os imóveis adquiridos. Nele, constam casos de entrega de imóveis com dois, quatro, sete meses e até um ano de antecedência, fatos curiosos quando se trata de um setor submetido a uma série de condicionantes exógenas, como variação cambial e de fornecimento de material de construção, instabilidade climática, influência do mercado internacional e do sistema de ações em bolsas de valores, dentre outros.

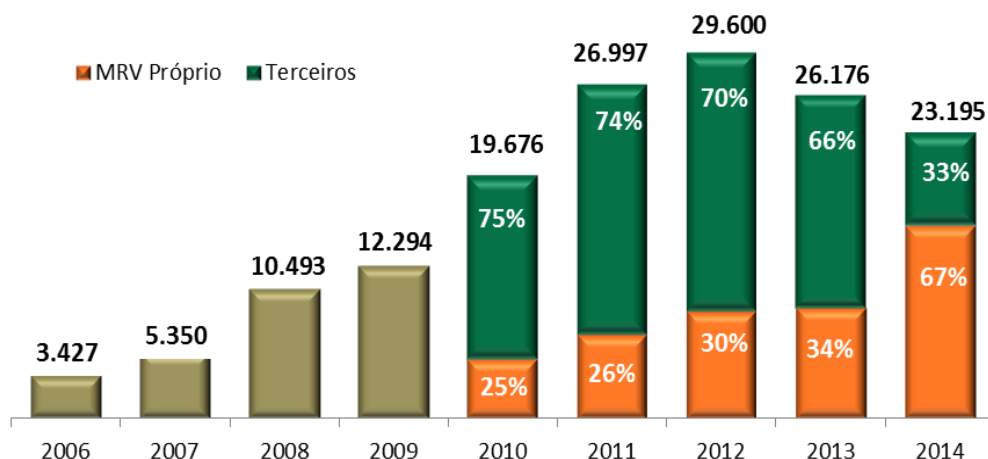
Em 2015, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção divulgou a pesquisa encomendada pela Revista *O Empreiteiro* com o ranking das maiores construtoras do Brasil, tendo a MRV Engenharia ocupado o 6º lugar (desde 2012, tem se mantido entre a 6ª e 8ª posição), com uma receita bruta de R\$ 2.503.630,000 (em 2014), patrimônio líquido de R\$ 4.388.008,000 e 21.964 empregados⁵³³. De fato, os números sobre o desempenho da empresa impressionam. Segundo dados disponibilizados institucionalmente, em Dezembro de 2014, a MRV Engenharia possuía 23.704 empregados, lucro líquido de R\$ 720 milhões e margem líquida de 17,2%⁵³⁴.

A grande ascensão econômica se deu em face da participação maciça da companhia no Programa Minha Casa Minha Vida, do governo federal, cuja finalidade é reduzir o déficit habitacional, mediante a construção de 3,4 milhões de casas e de apartamentos populares, subsidiando a aquisição da casa própria para famílias com renda até R\$ 1.600,00 e facilitando as condições de acesso ao imóvel para famílias com renda até R\$ 5.000,00. A MRV, atualmente, é a maior operadora atuante no supradito programa habitacional, “tendo participação de 10% na primeira fase que compreendeu os anos 2009 e 2010” e “(...) por 15% das mais de 686 mil unidades contratadas pelo programa nas faixas 2 e 3”⁵³⁵. Em relação ao número de trabalhadores e aos dados operacionais da empresa, seguem dados que demonstram o robustecimento econômico da companhia (Figura 12: Evolução de empregados em obras e de unidades produzida):

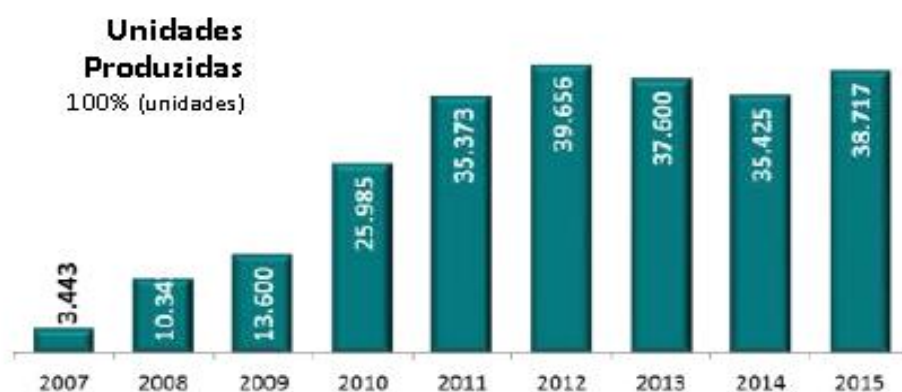
⁵³³CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **500 grandes da construção 2015**. Disponível em: <http://oempreiteiro.com.br/Conteudo/Arquivos/Pdf/Ranking_2015_pg%20227%20a%20280.pdf> . Acesso em 15 de março de 2016.

⁵³⁴MRV ENGENHARIA. **MRV em números**. Disponível em: <<http://www.mrv.com.br/pdf/mrv-em-numeros-pt.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.

⁵³⁵Ibid.



FONTE: MRV Engenharia



FONTE: MRV Engenharia

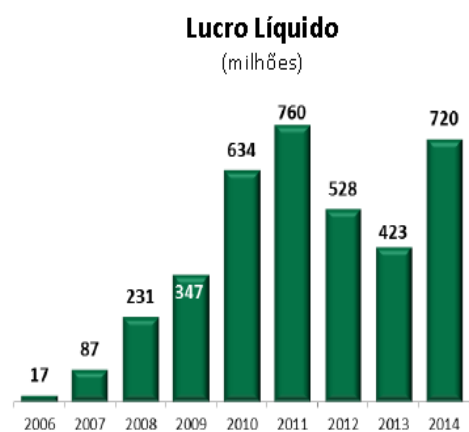
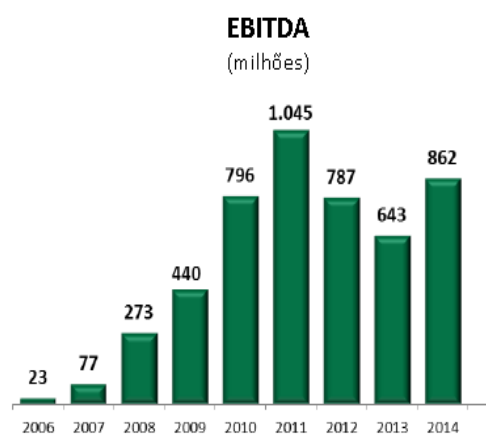
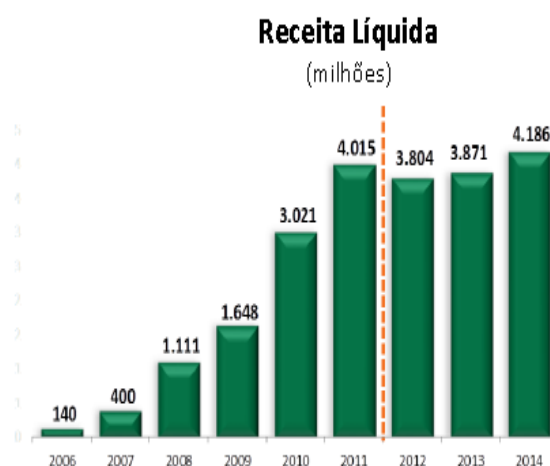
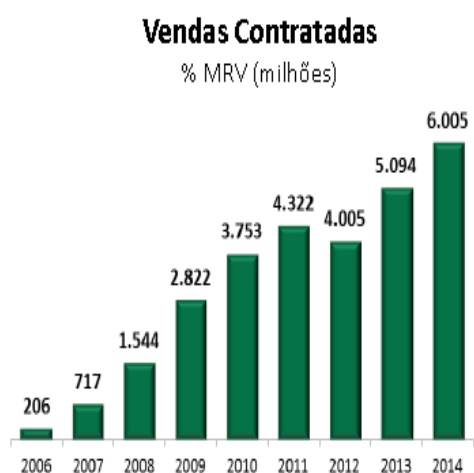
Entre 2006 e 2014, a quantidade de empregados aumentou, em torno de 6,76, enquanto as unidades produzidas ascenderam na proporção de 11,24 vezes. Isso não significa que haja uma relação de causa-efeito no sentido de que o aumento do número de empregados necessitaria ser na mesma proporção de unidades vendidas, mas denuncia que o incremento foi desproporcional e se esconde, nesse dado, a terceirização de atividades, a precarização do emprego e o excesso de trabalho, muitas vezes traduzido em vis condições de trabalho. A desproporção entre trabalhadores contratados e unidades produzidas é fato festejado pela companhia, que aponta a redução de custos como um dos seus diferenciais⁵³⁶, facilitando o acesso a produtos com o menor custo-benefício.

⁵³⁶ MRV ENGENHARIA. **Grupo MRV**. Disponível em: <http://www.mrv.com.br/institucional/grupomrv>>. Acesso em 15 de março de 2016.

O índice de litigância, na Justiça do Trabalho, no ano de 2011, da MRV Engenharia e Participações S/A, foi de 0,06% do total de ações ajuizadas, no Poder Judiciário Laboral, nos dez primeiros meses do ano-referência, isto é, 1292 reclamações trabalhistas, ocupando a 66ª posição, no ranking dos 100 maiores litigantes, índice demasiadamente elevado por se tratar de um único agente de mercado⁵³⁷. Os dados podem ocultar uma realidade ignorada: a baixa quantidade de ações trabalhistas não explica as recorrentes notícias veiculadas sobre a política trabalhista da empresa, da mesma forma que a proporção de empregados em obras quando comparada ao aumento do número de unidades produzidas não significa, em automático, uma exploração da mão de obra (embora já sirva como alerta para análises mais cuidadosas). Ademais, uma única ação civil coletiva ajuizada pelo sindicato da categoria ou pelo MPT aponta um conflito de massa, que carrega consigo grande número de pretensões e de litigiosidade reprimida. Em adição a isso, mencionem-se duas questões: a) o relatório do Conselho Nacional de Justiça acaba por não revelar as reais conexões de relação de emprego desses trabalhadores com a MRV, posto que, somente, no curso de uma ação judicial é que se pode identificar e se decretar tal vínculo; b) os dados expostos são disponibilizados pela própria empresa, no seu sítio eletrônico, e, a depender da interpretação de conceitos como empregados, lucratividade e outros elementos, pode demonstrar uma incompatibilidade entre o apresentado e a realidade.

Grande parte da força de trabalho que erige a coluna econômica da companhia – na área da construção – provém de empreiteiras que fornecem mão de obra para atividades-fins da MRV. Na espiral dessa cadeia produtiva, constam trabalhadores terceirizados, quarteirizados, vinculados a contratos de subempreitadas, por vezes fraudados e sem a devida fiscalização do tomador final (MRV Engenharia). Assim, o mesmo *modus operandi* que prevalece no setor têxtil, com a pulverização dos riscos e dos custos de produção por todos os participantes mantém-se nesse setor. O fruto dessa aparente redução de mão de obra correlacionada com o aumento da produção resultou em índices positivos – para a companhia – quanto às vendas contratadas (crescimento de 2915%), de receita líquida, EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*, crescimento de 3740%), lucro líquido (4235%) receita líquida (2990%) num lapso de apenas seis anos (Figura 1: Evolução das vendas contratadas, da receita líquida, do EBITDA e do lucro líquido):

⁵³⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2012**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2013, p.20.



FONTE: MRV Engenharia

Ainda que não seja possível, tampouco aconselhável, adotar um raciocínio determinista, em uma análise mais superficial meramente estatística, quanto ao célere aumento de vendas, à receita líquida, à produção de unidades e à desproporção do aumento da força de trabalho, a MRV tem se destacado por ser alvo de investigações pelo Ministério Público do Trabalho, de fiscalizações pelo Ministério do Trabalho e Emprego e de condenações pelo Poder Judiciário Laboral, sob o fundamento da prática de dano moral coletivo.

Desde 2011, a MRV Engenharia trava verdadeiras batalhas jurídicas, na jurisdição trabalhista em distintos locais do território nacional, que revelam uma postura institucional de graves violações trabalhistas. Ações e autuações, realizadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Ministério Público do Trabalho junto aos canteiros de obra da empresa, indicam a utilização de mão de obra com redução à condição análoga a de escravo nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraná e Espírito

Santo. O caso inaugural e com maior repercussão deu-se na cidade de Americana, em fevereiro de 2011, com a libertação de 63 trabalhadores, no canteiro de obras de um condomínio residencial *Beach Park*⁵³⁸.

No caso referido, o Ministério Público do Trabalho da 15ª Região instaurou dois inquéritos civis (1499.2005.15.000/1 e 300.2009.15.000/7), no intuito de averiguar denúncias sobre terceirizações ilícitas (contratação de empresa interposta para a atividade-fim da MRV, violando, assim, o disposto na Súmula 331, do TST) e condições degradantes de trabalho. Após uma ação conjunta com a Gerência Regional do Trabalho e Emprego, o MPT constatou, na obra do Condomínio *Beach Park* (em Americana-SP), a existência de 64 trabalhadores reduzidos à condição análoga de escravo, na sua maioria provenientes do Norte e Nordeste do país, além da ausência de regras mínimas de segurança e de saúde do trabalho, tais como o não fornecimento de equipamentos de proteção individual e a inexistência da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. O fruto dessa força-tarefa foi confeccionar 44 autos de infração, que se somaram a outros 70 lavrados por Auditores-fiscais do Trabalho, entre 2007 e 2010, por descumprimento de regras atinentes ao Meio Ambiente de Trabalho. Constava, ainda, alto índice de ações no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Frustradas as tentativas de celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta junto à MRV Engenharia, o MPT ajuizou ação civil pública contra a reclamada, que recebeu a numeração 0002084-28.2011.5.15.0007 e com distribuição para a 1ª Vara do Trabalho de Americana-SP (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região). No curso da instrução, verificaram-se irregularidades, também na obra *Parque Asteca*, em Americana-SP praticadas pela MRV Engenharia, notadamente quanto à falta de pagamentos de salário e de rescisão, à terceirização fraudulenta, à retenção da Carteira de Trabalho e Previdência Social e ao descumprimento dos padrões mínimos de segurança e de saúde no trabalho. A sentença, prolatada pela juíza Natália Scassiotto Neves Antoniassi, em 01 de agosto de 2013, condenou a empresa em R\$ 4.000.000,00, a título de dano moral coletivo, R\$ 2.620.000,00 por descumprimento das liminares deferidas no curso da ação, as quais determinavam a regularização das condições de trabalho, além de multa por litigância de má-fé.

Ainda em 2011, a MRV foi flagrada com trabalhadores em redução à condição análoga de escravo, em obra no Município de Bauru-SP e em Curitiba-PR. Em abril de 2013, a construtora foi denunciada mais uma vez por manter seis trabalhadores nessas condições em

⁵³⁸ REPÓRTER BRASIL. **MRV é condenada a pagar R\$ 6,7 milhões por infrações trabalhistas e escravidão.** Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/08/mrv-e-condenada-a-pagar-r-67-milhoes-por-infracoes-trabalhistas-e-escravidao/>> . Acesso em 15 de março de 2016.

Contagem, zona metropolitana de Belo Horizonte (MG), tendo-se notícias das mesmas violações nos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Espírito Santo e Paraná.

Por conta das repetidas situações de flagrantes, em 2012, a MRV chegou a integrar por duas vezes a lista de empregadores com trabalho em redução à condição análoga de escravo, mantida pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, e que seve como critério excludente de financiamento por bancos públicos, mas, por força de decisão judicial junto ao Superior Tribunal de Justiça, teve seu nome retirado até o trânsito em julgado das ações em que é acusada de tais práticas. Em 27 de dezembro de 2014, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu liminar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 5.209/DF, ajuizada pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC)⁵³⁹, suspendendo a eficácia da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011 e da Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004, até o julgamento definitivo da ação. As portarias tratavam das “listas sujas” que continham empregadores flagrados com trabalho em condição análoga a de escravo com atualização semestral.

A Construtora MRV possui um histórico de recalcitrância em adequação e em cumprimento de regras trabalhistas, de forma que se pode advogar por uma tese de déficit de trabalho decente junto à companhia. Em março de 2012, o Instituto Observatório Social publicou a primeira fase de suas pesquisas, com o apoio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre os indicadores que corroboram e justificam o estudo da depauperação das relações de emprego no âmbito da construtora, tomando por base e estudo de caso uma obra localizada no Município de Serra-ES⁵⁴⁰. As conclusões demonstram uma manifesta reprodução dos padrões adotados pela companhia em outros locais do país, lideradas pela prática indiscriminada da terceirização, ocultando os reais vínculos empregatícios existentes e

⁵³⁹A ABRAINC é composta pelas seguintes companhias: Brookfield Incorporações S.A., Canopus, Cury Construtora e Incorporadora S.A., Cyrela Brazil Realty S/A- Empreendimentos e Participações, Direcional Engenharia S.A., EMCCAMP Residencial S.A, ESSER, Even Construtora e Incorporadora S.A., EZTEC Empreendimentos e Participações, Gafisa S.A., Helbor, HM Engenharia e Construções S.A., JHSF Incorporações Ltda, Moura Dubeux Engenharia, MRV Engenharia e Participações, Odebrecht Realizações Imobiliárias S.A, Patrimar, PDG Realty S.A. Empreendimentos e Participações, PLANO & PLANO Construções e Participações, Rodobens Negócios Imobiliários S.A., Rossi Residencial S.A., SETIN Incorporadora®, Tecnisa S.A., Tenda S.A., Trisul S.A., Viver Construtora e Incorporadora S.A. e Yuny Incorporadora S.A.

⁵⁴⁰Para efeitos do estudo, dez temas foram considerados como integrantes do conceito de trabalho decente: oportunidades de emprego, trabalho inaceitável, salários adequados de trabalhos produtivo, jornada decente, estabilidade e garantia de trabalho, equilíbrio entre trabalho e vida familiar, tratamento digno no emprego, trabalho seguro, proteção social e diálogo social.

fragilizando a própria noção de que se tem quanto às dimensões da transparência da empresa. Dentro os dez itens considerados, alguns saltam aos olhos na análise final⁵⁴¹:

(...) A presença de empresas e trabalhadores terceirizados é excessivamente alto, na obra pesquisada, cerca de 83% dos trabalhadores são terceirizados, contratados por várias empresas (número não precisado de empresas) atuando em todas funções, inclusive relativas à atividade-fim da construção civil.

Na obra pesquisada, não foram relatados casos de trabalho inaceitável, em outras obras da empresa foram relatados trabalho de menor nas mesmas condições de adulto (Porto Canoa) ou denúncia de trabalho escravo (São Carlos-SP e Americana-SP). Todos os casos estão relacionados à ação de empresas empreiteiras.

(...)

Equilíbrio entre trabalho e vida familiar: entre os trabalhadores terceirizados, boa parte oriundos de estados do Nordeste, de forma geral, não têm direito a folga de campo, portanto, podem ficar seis meses sem ver a família segundo relatos. Tratamento digno no emprego produção: neste quesito, os casos de humilhação podem estar relacionados com à cobrança de produtividade no esquema de trabalho por produção.

(...)

Diálogo social: a contratação de terceirizados, oriundos de vários estados, impacta também na ação sindical uma vez que as relações de trabalho são sazonais. Neste sentido, o desenvolvimento de trabalhadores terceirizados nas atividades e informações sindicais é dificultado. (...)

Note-se que, grande parte das irregularidades verificadas no Estado do Espírito Santo, foram identificadas, nos processos instaurados em outros Estados da Federação, o que acaba por autorizar o raciocínio conclusivo de que a adoção de custos produtivos, necessariamente, passa pelo desprestígio e pela violação normativa de proteções trabalhistas, aumentando a lucratividade e as possibilidades de manobra de negociações junto aos cliente.

O Ministério Público do Trabalho da 15ª Região, em 2012, por intermédio da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, formalizou uma representação contra a MRV Engenharia e Participações S.A, na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, sob a alegação de que a dominação de mercados alcançada/atingida pela companhia foi edificada com base na supressão sistemática de direitos trabalhistas e solicitou a investigação por concorrência desleal, a ser realizada pelo Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico. Na representação para apuração de infração da ordem econômica (art. 36, inc. I e III, e § 3º da Lei n. 12.529/2011), formulada pelo Procurador do Trabalho Rafael Araújo Gomes, o Ministério Público do Trabalho defende que a infração se

⁵⁴¹INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. **Análise do déficit de trabalho decente** – Empresa MRV – Relatório da 1ª fase de pesquisas. Disponível em: <http://www.observatoriosocial.org.br/portal/sites/default/files/biblioteca/rel_geral_td_mrv_mar2012.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2013, p.49-50

deu através da supressão maciça, em larga escala, de direitos trabalhistas, com a consequente obtenção de expressiva redução do custo do trabalho e, portanto, de vantagem arbitrária sobre a concorrência.

A peça de 115 páginas do órgão ministerial alega que a representada sonega sistematicamente e em larga direitos trabalhistas, por vários anos em todas as partes do país, submetendo seus trabalhadores a:

condições degradantes, análogas às de escravo; aliciamento de trabalhadores; celebração de terceirizações fraudulentas; violação das normas de saúde e segurança no trabalho, com a exposição diária de dezenas de milhares de trabalhadores a risco sério e imediato, inclusive de morte⁵⁴².

O petição acosta várias informações sobre autos de infração lavrados, nos canteiros de obra da MRV, inquéritos civis para averiguação de direitos metaindividuais trabalhistas, notadamente com a utilização de terceirizações ilícitas viabilizadas pela companhia em larga escala, descumprimentos de Termo de Ajuste de Conduta firmados juntos ao MPT e negligência generalizada das regras de segurança e de saúde do trabalho, nas cidades de Americana/SP, São José do Rio Preto/SP, São Carlos/SP, Franca/SP, Ribeirão Preto/SP, Cuiabá/MT, Vitória/ES, Campo Grande/MS, Minas Gerais, Maringá/PR e Curitiba/PR.

Consta na representação referência a aliciamento de trabalhadores, vindos do Estado do Ceará para trabalharem na construção do canteiro *Spazio Cosmopolitan*, alojados em container de carga por 19 dias, em condições ambientais desumanas, conduta definida como crime pelo art. 207 do Código Penal, dentre situações mais aviltantes aos trabalhadores.

O MPT expôs, ainda, que a MRV é a empresa com o maior número de procedimentos instaurados para investigação de irregularidades trabalhistas, no âmbito das 599 cidades atendidas pela 15ª Região, 95% do território do Estado de São Paulo: 61 procedimentos da MRV, 01 da PDG, 07 da Goldfarb, 02 da Tenda, 01 da Alphaville Urbanismo, 01 da Cyrela, 02 da Living, 10 da Rossi Residencial⁵⁴³. Na mesma toada, colacionou a quantidade de ações ajuizadas contra a empresa no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, totalizando 3.029 reclamações trabalhistas, entre 2004 e 2011, e desse total “(...)74% est concentrado nos três últimos anos, e 32% apenas no último ano, 2011”⁵⁴⁴.

⁵⁴²MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. **Peça de representação/Procedimento Administrativo CADE nº 08012.004330/2012-99**. 2012, p.2.

⁵⁴³Ibid., p.62-63.

⁵⁴⁴Ibid., p.65.

Há registros, no documento encaminhado à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, da instauração da baixa qualidade dos produtos ofertados pela MRV Engenharia, marcados pela atuação de empregados subqualificados e submetidos a riscos e a condições indignas de trabalho, demonstrando a relação entre investimento e qualidade do produto. Na contramão da propaganda alardeada pela empresa, noticia-se a entrega de imóveis com vícios de construção, fora dos padrões de qualidade, com metragem inferior ao que foi vendido. Menciona também a instalação de Comissões Parlamentares de Inquérito na Câmara Municipal de Campinas, na Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, ambos os casos a respeito de denúncia sobre trabalho em condição análoga a de escravo.

A demonstração das situações acima, ao lado do despontar da lucratividade e da evolução competitiva da MRV Engenharia, sinalizam uma relação entre custos trabalhistas e concorrência suficiente para configurar investigações à ordem econômica. Aliás, essa era a proposta do Projeto de Lei n. 2.130/1996, de autoria deputado federal Augusto Nardes, que obteve apoio da Organização Internacional do Trabalho e da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e objetivava acrescentar um inciso ao art. 21 da antiga Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994)⁵⁴⁵. Por ocasião de solicitação de consulta da Presidência da República ao CADE acerca da viabilidade do projeto, tanto a Assessoria quanto a Procuradoria do CADE afirmaram ser desnecessário a inclusão de novo dispositivo, na legislação vigente, em razão do art. 21 ser de natureza meramente exemplificativa e suficiente para contemplar violações trabalhistas, como causas legítimas configuradoras de infrações econômicas, o que não impediria o acréscimo de mais um inciso para reforçar a conduta⁵⁴⁶. Por questões regimentais, o projeto de lei acabou sendo arquivado, ainda que aprovado em todas as comissões pertinentes.

Ainda que evidenciada a relação entre custos trabalhistas, valor final do produto, aumento arbitrário dos lucros da MRV Engenharia e a consequente posição dominante em comparação com o nicho de mercado de suas concorrentes (na construção civil, não há muita margem de negociação para a matéria-prima, restando à mão de obra a saída para o barateamento dos custos), o CADE entendeu não deter competência material para apreciar as denúncias. Na opinião da autarquia em comento, restaria aos órgãos da Justiça do Trabalho aplicar as penalidades que achassem adequadas, restabelecendo-se as condições normais de

⁵⁴⁵ Art. 1º O art. 21 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, passa vigorar acrescido do inciso XXV, com a seguinte redação: XXV - utilizar mecanismos ilegítimos de redução dos custos de produção, tais como o não pagamento de encargos tributários, trabalhistas e sociais, e exploração do trabalho infantil, escravo ou semi-escravo.

⁵⁴⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. **Peça de representação/Procedimento Administrativo CADE nº 08012.004330/2012-99**. 2012, p.89-93.

mercado, optando pelo arquivamento do Procedimento Preparatório de Inquérito nº 08012.004330/2012-99.

Da decisão, o MPT 15ª Região interpôs recurso ao Superintendente-Geral do CADE alegando que o único argumento apresentado na decisão de arquivamento era frágil, restando infrutífero confiar a punição à MRV Engenharia, por intermédio exclusivo das ações trabalhistas individuais e das fiscalizações promovidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Este porque tem problemas estruturais, nos seus quadros funcionais, e aquelas porque são numericamente diminutas, se comparadas aos noticiosos desrespeitos praticados pela empresa analisada. Na peça recursal, há o alerta de uma possível provocação – via ação civil pública - da Justiça do Trabalho a se posicionar frente às ofensas concorrenciais, que não se quedarão inertes frente à negativa de atuação do órgão administrativo, por força da inafastabilidade da jurisdição.

Após breve exposição de suas razões, o CADE decidiu manter o arquivamento do procedimento preparatório, sob o fundamento de que a MRV Engenharia não detinha posição dominante e o mercado da construção civil é pulverizado, o que constituiria um impedimento à recuperação dos prejuízos sofridos pelo infrator, vez que as barreiras para entrada, nesse mercado, são baixas, tornando irracional a prática de preços predatórios. Prosseguindo na linha de raciocínio, não é função dos órgãos regulatórios corrigir falhas provenientes de descumprimentos contratuais ou de descumprimento de mandamento legal, cuja apreciação deva ser feita por outros órgãos. Destacou a decisão recursal que as condições de submissão dos trabalhadores a condições análogas a de escravo não eram incontestes, posto que as ações que discutiam essas circunstâncias não estavam cobertas pela coisa julgada material, mesmo diante dos autos de infração lavrados por ocasião das inspeções.

Os argumentos qualificados pelo CADE aparentam gozar de plena razão, porém são precursores de uma mensagem perigosa. A decisão de arquivar sumariamente qualquer investigação que considere os custos trabalhistas como substrato material serve de desestímulo aos demais agentes da construção civil praticantes da boa gestão trabalhista. O simbolismo da indiferença do órgão regulatório e do estranhamento ao trabalho dos Auditores-fiscais do Trabalho, nas hercúleas inspeções realizadas no canteiro de obras, que, frise-se, integram o mesmo Poder da República. A ausência do mínimo de preocupação do direito regulatório com os custos sociais cria um hiato de ação estatal quando mais era esperada por constituir um meio de minimizar os danos causados aos trabalhadores, consumidores e concorrentes. A atitude mais sensata, no caso em questão, seria o prosseguimento do procedimento preparatório para oportunizar uma análise mais acurada e

profunda das denúncias apresentadas, em especial pela magnitude de atuação da MRV Engenharia.

Do mesmo modo que se fez uma defesa da impossibilidade de apreciação de quaisquer matérias afetas à concorrência pela Justiça do Trabalho, é fundamental que o CADE assuma seu mister e avoque para si suas prerrogativas e atribuições regulatórias. A maior rigidez conceitual do direito antitruste não lhe retira o dever de observância dos primados humanistas e sociais desenhados na Constituição da República. Cumpre lembrar que a valorização do trabalho humano compõe o duplo fundamento da ordem econômica e financeira, subsistema no qual está inserida a concorrência leal. Já se defendeu, em linhas pretéritas, que o art. 36 da Lei 12.511/2011, de *per si*, já contempla os custos sociais como substrato material à atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, argumento confirmado pelo próprio CADE, mas ignorado no trato do caso MRV Engenharia.

Inconcebível que a República Brasileira, ladeada de compromissos internacionais pautados em eliminar as condições de labor degradantes e análogas a de escravo demonstre, tamanha inércia, diante de problemas tão agudos que assolam uma coletividade de indivíduos. Frise-se que, apenas o CADE tem a expertise necessária para conduzir tais temas com a parcimônia e a imparcialidade, exigíveis de circunstâncias dessa monta, tornando-se injustificado o afastamento preliminar de sua atuação sem que, ao menos, perquiram-se mais elementos econômicos para tanto. Em contraponto aos fatos dados e argumentos constantes na peça de representação, a autarquia em foco trouxe poucos subsídios e não demonstrou analiticamente as razões fundamentais para o arquivamento ora criticado.

O pacto federativo deve ser, antes de tudo, um pacto social que ponha, em um único caminho, estruturas administrativas de todas as instâncias. Sabe-se que o Direito é a técnica da interpretação e a Ciência Jurídica deposita, na hermenêutica, o estudo dos múltiplos meios de compreendê-lo. O legalismo estrito, limite da ação do Estado, serve ao resguardo de direitos fundamentais, porém não pode servir como instrumento de perpetuação de injustiças e indignidades, em particular quando se vive, em um sistema constitucional erigido em torno da figura humana. No caso em questão, não se está discutindo meramente o restabelecimento de um ambiente saudável de concorrência, mas o atingimento, por via reflexa, de uma coletividade de interesses, de pessoas, indetermináveis na titularidade dos direitos açodados.

Analisando os dados expostos, em um primeiro momento, tem-se que a construtora MRV conseguiu maximizar o seu potencial produtivo e minimizar o gasto com mão de obra. O aumento da capacidade produtiva foi mais que o dobro do aumento de empregados contratados, o que elevou seu lucro a um patamar elevado, deixando-a entre as empresas mais

lucrativas do país. Existem algumas formas de aumentar a produtividade de uma empresa sem que isso tenha que significar o aumento dos custos na produção e que, ainda, permitem a manutenção de boas condições de trabalho para os envolvidos na cadeia de produção. Uma dessas maneiras é pela via dos incentivos estatais, a exemplo do que ocorre com as isenções tributárias. Permite-se, desse modo, um deslocamento de recursos para outros setores, como o da mão de obra, e se possibilita o aumento de capital humano sem que isso tenha como consequência um aumento dos gastos.

No caso do crescimento da MRV, os dados denotam uma conjuntura em que o aumento da capacidade produtiva está associado ao baixo investimento nos seus trabalhadores, e não ao deslocamento eficiente de recursos, de tal forma que é possível se concluir que a ampliação de capital humano não foi proporcional ao acréscimo na produtividade. Isso significa que os trabalhadores da MRV trabalham mais que aqueles empregados por suas concorrentes e, em troca, recebem uma remuneração inferior, significando que o esforço despendido pelos seus empregados não está tendo o seu valor econômico devidamente apreciado. Tal ocorrência sai do plano hipotético-dedutivo e se mostra fático, através da análise dos inquéritos civil, propostos pelo MPT da 15ª Região, e a constatação, por parte de órgãos públicos, da existência de exploração de trabalhadores em situação análoga de escravo em obras da MRV.

O custo privado do serviço oferecido pela construtora MRV possui um valor baixo, contudo, o custo social de uma política laboral, nesses moldes, é muito alto. Quando se adota uma política institucional que se baseia na utilização de trabalhadores em um sistema que possui características típicas de trabalho escravo ou de terceirização (e até quarteirização) ilícita, o empregador retira do empregado a sua autonomia, além de negar o valor agregado ao trabalho. Dessa maneira, o bem-estar do trabalhador é comprometido e, consequentemente, a sociedade responde pelos encargos dessa alocação injusta, uma vez que se está diante de uma externalidade negativa e, apesar do trabalho com condições indignas não ser uma mercadoria que possa ser encontrada à venda, as pessoas de alguma forma se importam. A presença de externalidades negativas faz com que o resultado do mercado seja ineficiente, ainda que os lucros individuais da empresa que lhes dão causa sejam superiores aos das suas concorrentes.

A partir do momento em que a MRV adota uma política de desvalorização do labor, tem-se desvirtuado o sentido de maximização de riqueza, em nome de uma maximização dos lucros, sem que se pense nos reflexos que essa prática trará em um contexto humano e social, além de retirar a principal característica da economia de mercado e da liberdade econômica: o consentimento. Esse é o pressuposto para uma atuação eficiente sob a perspectiva da Análise

Econômica do Direito e é também fundamento moral para a maximização da riqueza. É a liberdade para dispor dos seus direitos e prover uma valorização do preço de mercado dele, pelo esforço individual que vai definir as regras para uma distribuição justa de riqueza em uma sociedade industrial organizada. Não havendo esses requisitos, não se pode falar em uma atuação econômica eficiente, mas apenas em uma perspectiva empresarial limitada à visão de lucro financeiro e presa ao ambiente único da empresa, não cogitando os benefícios que o respeito à função social e econômica e que uma política laboral pautada no desenvolvimento humano podem propiciar para a competição no próprio mercado.

A adoção dessa maneira de lidar com o trabalho, por uma empresa do porte da MRV, encontra explicação na questão dos custos da coerção serem sabidamente inferiores aos da administração dos encargos decorrentes dos contratos de emprego, de tal forma que a utilização de trabalhadores em condição análoga a de escravos, dentre tantas outras circunstâncias já arroladas e vedadas pela ordem jurídica trabalhista, maximiza os lucros, ainda que, para isso, sacrifique-se o consentimento das pessoas. Sendo essa política ineficiente, ela é também injusta, pois o sistema de distribuição de riquezas encontra-se viciado por essa coerção que possui reflexos sociais e econômicos graves. Com essa prática, a MRV eleva seu faturamento em relação às concorrentes, e essas, por sua vez, ao se verem em um mercado cuja competitividade está viciada, poderão adotar medidas semelhantes para não perderem seu espaço.

Com efeito, as externalidades decorrentes de práticas trabalhistas abusivas diminuem o valor da empresa, uma vez que o valor efficientista, apesar de não poder ser separado do preço de mercado, é mais abrangente que esse e compreende também as políticas institucionais adotadas na produção de bens ou serviços. Uma postura, em desconformidade com os pressupostos da liberdade econômica e da eficiência, deve ser desencorajada pelo Estado e pelo Direito, através da internalização dos custos decorrentes de práticas abusivas. A imposição de sanções administrativas, trabalhistas, cíveis e penais, a depender do tipo de ato ilícito que deu causa à externalidade ou ao aumento da carga tributária sobre determinada atividade poderá estabelecer um equilíbrio entre o custo privado e o custo social, chegando ao que os economistas denominam de ótimo social. Em outras palavras, o custo social e privado da violação das regras em vigor deve ser maior do que o benefício do descumprimento. Dito de outra forma: a valorização do cumprimento deve ser mais estimulante do que o resultado da precarização e do vilipêndio das relações laborais. A eliminação do patrocínio estatal, o arrefecimento das penalidades para os empregadores que inserem o desrespeito, nas regras trabalhistas, como passivo contabilizável e a consolidação dos órgãos responsáveis pela

fiscalização dos padrões de trabalho, são apenas algumas opções de atuação governamental que advogam a favor da diminuição do cenário estereotipado descrito no presente trabalho. Porém, na contramão disso, a construtora MRV teve auferida uma parte considerável do seu lucro, através de serviços prestados ao governo federal, na construção de casas para o “Minha casa Minha Vida”, sendo uma das principais construtoras responsáveis por essas obras.

Sendo a eficiência, sob a perspectiva da AED, a base para a efetivação da justiça, na seara trabalhista, é preciso empregar essa perspectiva na avaliação dos resultados da aplicação das normas. Dessa forma, normas muito austeras e onerosas ao empregador podem criar uma ilusão de proteção aos Direitos Fundamentais do Trabalhador, mas que, diante do custo que elas produzem para o empregador, será economicamente mais vantajoso burlá-las, então, a finalidade da norma jurídica – a proteção ao trabalhador – terá sido desvirtuada devido aos encargos que provocam, enquanto que, por outro lado, o seu devido cumprimento, inevitavelmente, irá provocar uma perda considerável no potencial competitivo do empregador frente ao mercado. Tendo como base a legislação pátria trabalhista se percebe que ela é extensa e impõe uma série de restrições e de pagamentos que, para grandes e pequenos empregadores, significam um gasto anual elevado e que a flexibilização dessas normas só é autorizada em situações excepcionais, nos termos do art. 7º, VI, XIII e XIV da Constituição da República. A consequência disso é uma situação em que as partes possuem ganhos não contabilizados que, em termos econômicos, indica que a situação é de ineficiência econômica e o bem estar não está sendo maximizado nem mesmo para o trabalhador e, ainda que não seja o único, é um motivo bastante significativo para a limitação do desenvolvimento nacional em um cenário macroeconômico.

Usando um parâmetro econômico ou de maximização da riqueza, o direito apresenta como função primária a alteração dos incentivos como uma forma de interferência na negociação de direitos e, uma vez, posta a lei, para que ela seja uma ordem efetiva, deve ser cumprida por aqueles a quem se destina. Atualmente, a ausência de mecanismos fiscalizadores efetivos por parte do Estado acaba fazendo com que a verificação do alcance e do cumprimento das regras trabalhistas seja deficitária, de modo que, mesmo com uma atuação mais ativa do Ministério Público do Trabalho, situações de dumping social são corriqueiras. A lógica das empresas que aderem a essa prática é simples de ser compreendida: uma vez que, diante da alta possibilidade de impunidade, elas contratam empregados e os mantêm trabalhando de forma precária, isso faz com que os preços oferecidos por seus produtos e serviços sejam mais competitivos e se incrementa a margem de lucro. Essa situação acaba sendo prejudicial não apenas aos trabalhadores – que são vítimas, dessa forma

política, que cerceia a sua capacidade de consentir, no que tange à prática do trabalho -, mas também ao próprio mercado e à liberdade econômica e concorrencial, que são atingidos, uma vez que é possível criar uma hipótese de monopólio.

A ideia de eficiência, geralmente associada aos teóricos utilitaristas, aplicável à normatividade ou às atividades empresariais, sofre críticas daqueles que convocam a relação entre Direito e Moral como indispensável aos critérios básicos de justiça. O princípio fundamental do utilitarismo, preconizado na teoria econômica do Direito, exige o máximo de ação com o menor custo ao conjunto da comunidade, propiciando um resultado prático de aumento de riqueza⁵⁴⁷. Os defensores da eficiência argumentam que o respeito aos direitos presume uma análise dos custos de transação, reduzindo a teoria moral à capacidade de se atingir as finalidades propostas. O aumento da felicidade média e riqueza geral consagra o argumento utilitarista e reforça a ideia de eficiência, amplamente difundida nas corporações empresariais, que considera exclusivamente os ganhos individuais. Uma postura utilitarista tomada pela MRV Engenharia, certamente, evitaria desvios de conduta e conflitos tão graves, promoveria o funcionamento de uma engrenagem econômica dotada de maior responsabilidade social. Urgente que se faça uma revisão ética das práticas empresariais e dos níveis de compromisso com a promoção dos direitos humanos, principalmente quando se trata de companhias que recebem verba pública para o desenvolvimento de suas atividades.

A MRV Engenharia lidera as construções de habitações populares nas três fases do Programa Minha Casa Minha Vida. A injeção de capital público no empoderamento econômico da empresa serve para o pagamento da remuneração de seus trabalhadores e é incompatível a sua convivência com essas violações de direitos trabalhistas, fiscalizadas e punidas por esse mesmo Estado. Incongruente, dessa feita, que a Administração Pública se negue a investigar situações provocadas por uma companhia que tem parte significativa dos seus ativos financeiros provenientes de fonte governamental. Em tempos em que um maiores escândalos de corrupção envolve a prisão de diretores executivos de sete das dez maiores empreiteiras da construção civil do Brasil, um olhar atento a esse setor econômico, notadamente diante das proximidades e das facilidades junto aos incentivos governamentais é indispensável.

Os dias tornam-se cada vez mais tenebrosos, porém restam lampejos de esperança àqueles que são enredados por companhias aparentemente éticas. Nos bastidores e nas segmentadas cadeias produtivas existem trabalhadores, concorrentes entre si, que trabalham

⁵⁴⁷DOWRKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.333, 345.

para aumentar a competitividade de seus empregadores. As relações se dão de modo tão entrelaçado que se torna difícil até identificar onde se iniciam, por onde caminham, onde desaguam e sobre quem detém efeitos. A concorrência está em toda parte, no mundo dos negócios e do trabalho, e é nesse cenário desafiador aos direitos mais fundamentais da pessoa humana que a proposta do reconhecimento da função concorrencial do direito do trabalho brota para dar sua contribuição à concretização da justiça social. Não para assegurar exclusivamente um mercado competitivo, de acesso a bens e serviços disponibilizados com um patamar mínimo de ética produtiva, mas na certeza de que a hibridização desse ramo do direito com regras antitruste coopera para uma juridicidade mais efetiva e, manifestamente, mais lógica. Nela, não há diferenciação, somente servindo à uniformidade e à segurança: dos trabalhadores, consumidores e agentes econômicos.

CONCLUSÃO

A tutela dos direitos trabalhistas, no contexto da sociedade global, apresenta-se de forma complexa, transmutando-se, diariamente, no campo da política, da economia e do Direito. A opção mais adequada para as problemáticas que transcendem as fronteiras nacionais perpassa, indispensavelmente, por um Direito apto a absorver todas as potencialidades disponibilizadas por uma Ordem Mundial policêntrica, entrelaçada por Estados, atores civis, pessoas jurídicas de direito internacional e corporações transnacionais. O mundo do trabalho não está desvencilhado dessa realidade por uma razão que aparenta ser óbvia, mas que não deve ser olvidada: não há produção de bens ou de serviços, por mais avançada que seja uma sociedade, sem a participação ativa das classes profissionais.

As relações laborais, nesse cenário multicultural, não se resumem mais às clássicas configurações nacionais entre empregado *versus* empregador, regidos por um direito estatal bem definido, com produção para atender o mercado interno e despreocupado das influências das modalidades produtivas sobre outros campos da vida, do comércio e do consumo. Há uma conexão entre custos, comércio internacional, concorrência e há, também, a preocupação em assegurar um patamar civilizatório mínimo a trabalhadores situados, em locais dotados de proteção legislativa débil, conforme visão normativa ou, inclusive, quanto à efetiva eficácia das regras estabelecidas.

Delineado o quadro de tamanho enredamento, propõe-se uma metodologia distinta de análise dos casos que se apresentam, isto é, um constitucionalismo dialógico, que não pretenda, necessariamente, hierarquizar-se, mas se colocar como centro de gravitação das discussões jurídicas encerradas em uma moldura onde as normas trabalhistas internacionais se comuniquem com os tratados multilaterais de comércio e os documentos convencionais trabalhistas sustentem-se de forma a evitar a prática de dumping social. A noção de mundialização econômica agiganta-se, diante de uma cultura jurídica estritamente local, desprovida de uma amplitude conceitual e normativa capaz de fornecer soluções práticas a realidades dinâmicas e de mutabilidade antes desconhecida.

Em paralelo a essa constatação, as relações socioeconômicas se dão entre agentes de origens diversas, porém se materializam, no território nacional, imantado pela soberania estatal e por regramento próprio. Essa dupla realidade exige, sob a ótica interna, o reconhecimento da incidência de fenômenos que se originaram na transnacionalidade e criaram formas jurígenas adaptadas para os mercados locais. O dumping social qualifica-se como um ímpar exemplo da ocorrência de fenômenos dessa estirpe e lança ao profissional do

Direito o desafio de compatibilizar as relações globais e os sistemas de regulação internacionais com a concomitante materialização de condutas semelhantes na seara interna.

A finalidade do presente trabalho foi uma análise dos principais recursos teóricos das correntes universalistas e relativistas dos direitos humanos aplicados ao mundo do trabalho, utilizando como referencial básico os posicionamentos adotados pelo universalismo jurídico, precipuamente pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e as teorias críticas e, nesse sentido, notadamente a de maior relevo para a pesquisa, foi a do professor Joaquim Herrera Flores. Nesse ínterim, almejou-se realizar uma análise histórica da evolução conceitual dos direitos do homem, com ênfase em sua última fase: a internacionalização.

O estudo da problemática iniciou-se pela delimitação exata das categorias universalistas e dos institutos que com elas se conectam (imanência, dignidade, historicidade), bem como dos paradoxos e das decisões reativas propostas pelos enfoques relativistas, de modo a confrontar as antíteses mais significativas das referidas teorias e as suas contribuições para a compreensão, a análise e a contextualização da tutela da categoria ‘direitos humanos’ ao mundo do trabalho e às suas singularidades. Elegeu-se, por conseguinte, a relação do direito ao trabalho decente, em tempos de globalização e de céleres relações comerciais internacionais, que acabam conectadas diretamente com a imperiosidade de estabelecimento de patamares mínimos de condições de trabalho, em virtude da relevância do estudo com vistas à estagnação da corrente erosão dos direitos fundamentais laborais e de proteção, simultânea, da higidez da concorrência comercial.

São cabíveis dois breves esclarecimentos quanto aos dados e aos argumentos apresentados. O primeiro, fruto das ideias antitéticas dispostas no transcorrer desse ensaio, conclui, de forma abrangente que, entre o universalismo e o relativismo cultural, a alternativa mais adequada é um posicionamento sóbrio a considerar – enquanto síntese teórica – que determinadas premissas universais e particularistas são passíveis de convivência harmônica. A adequação se dá pela criação de postulados jurídicos globais operacionalizáveis, que não desprezem a complementariedade protetiva específica de cada cultura.

Dentre as deduções secundárias, as principais a serem apontadas, a título conclusivo:

- 1) O trabalho, categoria sociojurídica, adquiriu importância significativa com o advento dos efeitos da globalização, notadamente no que tange ao comércio internacional, ao imbricamento das relações culturais e à interligação do avanço tecnológico, que alterou substancialmente as estratégias de competitividade empresarial. A atuação da Organização Internacional do Trabalho, devidamente inserida nesse cenário de

complexidades, visa – desde a sua criação – estabelecer um padrão mínimo de condições de trabalho, com o intuito de promoção de possibilidades de acesso a um patamar digno de vida e, com esse fim, estimular aos Estados que melhorem as condições de vida dos seus trabalhadores;

- 2) A abordagem clássica dos direitos humanos está intrinsecamente vinculada às raízes jusnaturalistas que defendem a existência de uma ordem superior, com direitos acima da lei terrena, e condicionam todos os regramentos humanos à compatibilidade com esse senso de dignidade, pretensamente inculcado no subconsciente social e legislativo. No mesmo sentido, a noção de aplicabilidade universal dessa ideia de dignidade encontra respaldo nos teóricos medievais e nos mais modernos, destacando-se, dentre eles, Immanuel Kant, representante teórico mais relevante;
- 3) A inspiração para as regras de proteção aos direitos internacionais se socorre dos postulados universalistas, conforme demonstrado fartamente, nos documentos arrolados, seja na ordem trabalhista ou não. Os adeptos desse entendimento recorrem à Teoria dos Valores para inculcar, nas regras de Direitos Humanos o substrato jusnaturalista que até hoje permanece, mas na roupagem de novas modalidades;
- 4) Em outra via, as teorias críticas visam questionar conceitos consagrados pelos universalistas, defendendo que a noção de dignidade é construída em contextos particulares de lutas sociais e ante os processos construtivos da culturalidade. Não significa sejam os seres humanos titulares de dignidade, mas que essa não pode ser lida, interpretada e aplicada normativamente como um juízo de validade moral universal. Isso prova a indiferença com as vicissitudes e as peculiaridades das culturas não hegemônicas, mas não menos importantes;
- 5) Na seara trabalhista, observou-se que a relativização cultural da proteção dos direitos pode repercutir de forma danosa à sobrevivência dos empregados, situados nos mais distintos locais do planeta, seja por permitir que os ditames culturais sirvam aos interesses daqueles que buscam a mercantilização do labor ou porque tais concepções implicam uma afetação até mesmo de outras pessoas que não estão envolvidas, na

relação de emprego em discussão, mas são consumidores e terão o seu poder de compra afetado pela existência de padrões trabalhistas transgredidos.;

- 6) O universalismo dos direitos humanos coopera para a consolidação do conceito de trabalho decente, consubstanciado nas convenções fundamentais da OIT e na Declaração sobre princípios fundamentais e Direitos no Trabalho, de 1998. Os valores fundamentais encartados, nesse documento, consagram o trabalho decente como aquele observador da liberdade de associação, reconhecedor efetivo do direito à negociação coletiva, distanciado de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatórios, bem como do trabalho infantil e, por fim, que abomina a discriminação em matéria de emprego e de profissão;
- 7) A proposta para uma interpretação sensata dos direitos humanos trabalhistas envolve a consideração de premissas universalistas e relativistas. Aspira-se por um universalismo moderado/sóbrio, cuja característica principal se ocupe de (inter)nacionalizar os standards trabalhistas, afastando-se das discussões mais acaloradas, como a que permeia a existência de uma dignidade imanente ao trabalhador, por não serem pragmaticamente relevantes à efetivação dos direitos humanos sociais. Considera-se, no mesmo curso, a existência legítima de particularidades culturais que devem ser, plausivelmente, levadas a termo na compreensão da dimensão do trabalho como direito humano;
- 8) A Globalização, fenômeno econômico, social, político e cultural é irreversível. Essa realidade reclama também um direito globalizado, que se espraie para além da paroquialidade das relações normativas. O Comércio Internacional, motivado pela relativização das fronteiras nacionais e pelo estímulo à liberalização comercial, tanto nos blocos econômicos quanto no direito internacional privado, tem atingido recorde financeiro e galgado em ascensão exponencial. O crescimento do trade , automaticamente, implica o nascimento de novas pendengas, com atores, Estados e produtos transterritoriais, discutindo-se direitos não mais vinculados a uma ordem estatal específica, mas que penetram em ordenamentos diversos e exigem uma resolução que nem sempre o direito estadual é capaz de fornecer;

- 9) O mesmo capitalismo globalizante e liberalizador, que autoriza a agilidade da informação e da tecnologia, trouxe consigo índices de desigualdades sociais que se anacronizam diuturnamente. O mundo se polarizou entre ricos e pobres e o abismo de desenvolvimento, fato agravado pela busca incessante de um modelo de lucratividade que não se preocupa com aqueles que o produzem ou o consomem. Nessa corrida de competitividade internacional, exsurge o *race to the bottom* e a erosão das garantias fundamentais protetivas trabalhistas, capituladas pelo conhecido *dumping social*. O fenômeno pode ser visualizado na perspectiva tradicional de atores transnacionais em territórios reconhecidamente atrativos em face das parcas condições de trabalho que detém ou em tipologias mais recentes dentro de um direito comunitário, a exemplo dos casos ocorridos no território europeu;
- 10) A corrida ao fundo do poço (ou pela eficiência), seja no viés da busca por Estados com legislações omissas ou fiscalizações precárias das condições laborais e ambientais ou no âmbito do entrelaço com o risco deliberado e a contabilização – em passivos empresariais – da sonegação de direitos mínimos insculpidos, nos sistemas jurídicos dos mencionados países, não tem sido estéril. Constantemente, noticiam-se acidentes trabalhistas e ambientais, que ecoam na saúde de trabalhadores e de terceiros, apesar de não constituírem nenhuma relação jurídica com os poluidores ou os responsáveis pelos sinistros. O lucro, instituto mais legítimo e necessário ao modelo capitalista da livre iniciativa, não é excludente do direito à sobrevivência saudável e digna ou do direito ao trabalho em condições salubres e seguras, além de perceber-se inserido em uma relação empregatícia que assegure a existencialidade básica ao trabalhador;
- 11) A desterritorialização das unidades fabris para locais que são conhecidos por não cumprirem regras sociais, por não as possuírem ou, ainda, por estabelecerem níveis baixos de salários e de proteção laboral origina o conceito de Paraísos Normativos. Os primeiros indícios para o enquadramento de determinado Estado como um Paraíso Normativo podem ser encontrados na sua relação com a política de internacionalização dos padrões trabalhistas, praticada pela Organização Internacional do Trabalho, por intermédio de suas Convenções Fundamentais. Naturalmente, há casos de locais, assim como Bangladesh, que ratificou todas as Convenções, mas enfrenta problemas na incorporação interna desses documentos e não dispõe de uma

estrutura administrativa consistente para a fiscalização das condições de trabalho, o que gera graves efeitos na proteção de seus trabalhadores, a exemplo da notícia arrolada referente ao trágico acidente que fulminou mais de 1500 trabalhadores naquele país;

- 12) O caso Apple é emblemático, na demonstração da função concorrencial do Direito do Trabalho, vez que se refere a uma marca integrante da cultura consumerista infligida aos tempos hodiernos e à aquisição de aparelhos eletrônicos produzidos mediante a exploração humana e o absoluto desrespeito às regras fundamentais de tutela à integridade física, moral e econômica dos trabalhadores. Os dados colacionados demonstram de modo hialino o empoderamento econômico da Apple, a posição dominante frente aos seus maiores concorrentes por meio do aumento arbitrário dos lucros potencializados por uma eficiência dissociada da noção mais elementar de ética e de responsabilidade social corporativa;
- 13) As normas da Organização Internacional do Trabalho são dotadas de caráter social, de internacionalização de standards mínimos em matéria trabalhista, mas possuem um lastro de promoção comercial e objetivam, indiretamente, a utilização da legislação trabalhista de determinado Estado para obstar a prática da concorrência desleal no comércio internacional, conforme se depreende do Preâmbulo da Constituição da OIT e da Declaração sobre princípios fundamentais e Direitos no Trabalho. Por outro lado, no âmbito da OMC, há uma tentativa de inserção dos padrões trabalhistas no intuito de pressionar países com baixos custos sociais a melhorarem suas políticas salariais e normativas trabalhistas. A operacionalização desse mecanismo se daria por meio da adição da cláusula social nos tratados multilaterais, o que tem suscitado debates incisivos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento sob o argumento de que os primeiros estariam se utilizando dos padrões trabalhistas para prática de protecionismo;
- 14) A transjuridicidade, como método de compreensão do Direito, exerce fundamental importância na resolução de casos que envolvam assuntos laborais e, por via reflexa, na proteção dos Direitos trabalhistas. A lente do transconstitucionalismo promove uma nova racionalidade no manejo de problemas complexos. O diálogo é privilegiado, ao

invés da sobreposição hierárquica, e as reciprocidades se concretizam no campo normativo ou no da construção jurisprudencial;

- 15) Demonstrou-se que a tutela pode se dar no campo essencialmente normativo, pois, nas contemporâneas teorias do poder, esse se difunde em forma de rede, na qual agentes distintos, inclusive na construção do poder jurídico. Sob esse viés, uma ordem jurídica influencia e é influenciada por outra. Arcabouços estatais convivem dialogicamente com outros supranacionais, de direito internacional público e transnacionais. A produção legislativa trabalhista recebe inflexões dos valores da ordem econômica e vice-versa. Nesse sentido, destacam-se as tentativas de inserir comandos trabalhistas em tratados da OMC e de reforçar a atuação no campo concorrencial da OIT pela previsão de cláusulas sociais, que acabam esbarrando em interesses protecionistas dos países em desenvolvimento e, por conseguinte, não solucionamento das desigualdades das condições de trabalho como elemento incentivador da concorrência desleal no comércio internacional;
- 16) O decisionismo judicial que recorre às Convenções da OIT como fonte formal direta evidencia a internacionalização do direito do trabalho e a estadualização da normatividade produzida no âmbito da agência onusiana. Essa forma de ver o Direito pressupõe a rejeição da limitação geográfica em sua interpretação, integração e aplicação no sentido de uma inexorável realidade em que as regras e os sistemas jurídicos, mesmo que, aparentemente, isolados, imbricam-se em uma linguagem lógica de complementação e de troca de influências. Nesse aspecto, as normas internacionais, especificamente as notabilizadas pela modelagem de convencionalidade da OIT, contribuem diretamente para o reforço e o robustecimento da efetivação de direitos fundamentais do trabalhador. Espera-se que a multi/pluridimensionalidade jurídica das normas internacionais e nacionais de Direito ganhe consistência, em um futuro próximo, para enriquecer a ratio decidendi e conferir um tom de sintonia nacional com os avanços jurisprudenciais que a modernidade impõe;
- 17) É possível que um Estado tenha grande riqueza financeira, mas, ainda assim, verifique-se disparidade na distribuição de renda e na ausência de fruição por todos ou por grande parte das pessoas do referido crescimento. Igualmente, a mera presença de

renda não é um significante direto de desenvolvimento, visto que ele exige, nas teorizações e nos índices mais modernos, uma série de outras condições de vida, tais como níveis de instrução, de saúde e de participação política. A proposta de cidadania de Amartya Sen, consubstanciada na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, tem uma matriz constitutiva e outra instrumental, que se vinculam às liberdades substantivas e instrumentais, tidas como fim e meio do desenvolvimento. Para o teórico em questão, não há como conceber um paradigma de desenvolvimento que negue a condição do sujeito agente, a satisfação das capacidades e a oportunização social para o aumento dos intitulentos, sendo esses referenciais tensionados para um fim próprio: a escolha em ser o que se crê como valoroso, o poder para diligenciar os objetivos traçados pessoalmente como relevantes, em suma, a importância do próprio processo de escolha;

- 18) É possível uma leitura jurídica da cidadania, segundo a teoria econômica do desenvolvimento, em Amartya Sen. A metodologia permitiu identificar que a cidadania exige um campo de movimentação entre o Direito e a Economia ou, dito de outra forma, entre a juridicidade que viabiliza, negativa ou positivamente, a liberdade e o acesso a bens econômicos capazes de permitir que as pessoas tomem decisões racionais de acordo com o que consideram ser adequado. Assim, a interpretação feita de suas explanações é a de que há uma proposta imediata e mediata para a constituição de uma categoria particular de cidadania nos moldes do desenvolvimento liberal. A cidadania imediata seriam as liberdades instrumentais (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora), pois dizem respeito ao meio para a consecução do desenvolvimento, sendo, assim, mais urgentes. Reforçando tais liberdades, busca-se atingir um fim mediato, quais sejam, as liberdades constitutivas;
- 19) Há uma correspondência, em aspectos jurídico-normativos, das teorias de liberdades discutidas. Em resumo, liberdades instrumentais e constitutivas focam-se nos direitos civis, políticos e sociais, necessários para que se livre o indivíduo humano do gatilho da miséria e da pobreza. Contudo, o objetivo pretendido é a valorização da liberdade e da responsabilidade individual, de maneira que as pessoas não sejam dependentes

passivos do Estado e de suas prestações, mas delas possam se valer para o início do fortalecimento das capacidades e tenham a condição de agente prestigiada;

- 20) As liberdades categorizadas, no pensamento de Amartya Sen, são de plausível aplicação no mundo do trabalho e na construção de um núcleo duro de direitos de cidadania de titularidade do trabalhador. A análise da compatibilidade entre as liberdades substantivas, instrumentais e os bens jurídicos presentes nas Convenções Fundamentais da OIT permite a construção do conceito de bloco de convencionalidade, composto pelas oito convenções fundamentais da OIT, pela Declaração de Filadélfia, de 1944, pelo anexo da Constituição daquele órgão e pela Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998. Critica-se a falta de uma convenção específica assecuratória do meio ambiente de trabalho e da segurança e saúde do trabalhador;
- 21) O bloco de convencionalidade tem como função estabelecer um parâmetro internacional realizável pelos países-membros da OIT, no intuito de envidarem esforços reais para a fiscalização e a concretização das Convenções e dos princípios nele constantes. Esse espelho normativo não impede que implementem condições melhores em âmbito nacional, mas integrariam um conjunto fundamental de condições que afastariam as situações mais periclitantes e denunciadas no mundo do trabalho. Serve também como referência a uma mudança de paradigma dos órgãos comerciais relativamente ao dumping por marginalização da força produtiva;
- 22) O estudo da problemática exige a delimitação exata das categorias que tangencia (mercados, trabalho e concorrência), restando demonstrada que elas estão relacionadas, intrinsecamente, ou melhor, o sucesso, em determinado setor ou mercado, sob o ângulo da dominação que afeta a concorrência, pode ser influenciado diretamente pelos custos da força de trabalho e pelo respectivo cumprimento das regras laborais, causando, assim, uma maior possibilidade de manobra na formulação dos preços e da competitividade;
- 23) Os princípios da função social da propriedade e do contrato de trabalho vinculam o empregador a manter a responsabilidade social e sugerem a aplicação da noção de

governança corporativa no âmbito das relações trabalhistas. Vetores dessa ordem cooperam objetivamente para a visualização da noção de alteridade proposta pelos direitos humanos e para o prestígio da boa-fé objetiva nos contratos de trabalho;

24) O Direito do Trabalho exerce um papel central, na formação da Ordem Econômica Nacional e Global, dispondo de mecanismos de limitação ao abuso do direito de (não) contratar e impondo ao empregador o cumprimento de regras que propiciem, além da melhoria do bem-estar humano e da valorização do trabalho, o atendimento à livre concorrência, a observação da função social da propriedade e a busca do pleno emprego, como elementos condicionantes do desenvolvimento e de sua proteção como direito humano. Isso significa que há uma ética do Desenvolvimento, cujo ponto gravitacional, para efeitos trabalhistas, reside no prestígio dispensado ao labor, mas, sobretudo, na responsabilidade social empresarial na gestão do contrato de trabalho a ser vislumbrada no exercício regular do direito de contratar e de dispensar. A expressão máxima da valorização do homem e de sua efetiva participação nos processos decisórios, no acesso aos bens de consumo, na emancipação intelectual e na libertação das estruturas que o aprisionam social e economicamente ocorre por meio da concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Nesse aspecto, o Trabalho digno e decente promove o desenvolvimento humano, nas mais distintas acepções, garantindo às coletividades laborais a fruição do direito ao lazer, à saúde, à educação, à previdência social e à cultura. É por intermédio dele que o cidadão trabalhador tem acesso a diversos outros direitos;

25) O sistema brasileiro de defesa da concorrência, implementado pela Lei n. 12.511/2011, prevê a estruturação de órgão regulatório específico – o CADE – para investigar, julgar e aplicar penalidades decorrentes de infrações à ordem econômica. Ainda que não haja previsão expressa, na lei destacada, sobre a atuação daquela autarquia em hipóteses de concorrência desleal advindas da sonegação sistemática de direitos trabalhistas, o enunciado normativo vigente já contempla, na sua textualidade, a possibilidade de adequação do dumping social às figuras anotadas no art. 36, incisos II, III, IV, §3º, inciso XV;

- 26) As funções clássicas reconhecidas do Direito do Trabalho e na teoria geral desse ramo datam de período em que não se vislumbrava as intersecções transdisciplinares do Direito, notadamente aquelas que envolvam o direito antitruste. A nova perspectiva teórica deve considerar que a negação dos encargos trabalhistas e previdenciários no curso da relação empregatícia, em larga escala, repercute na capacidade competitiva do empregador diante dos demais agentes do mercado relevante. Essa aceção provém da desconsideração dos direitos fundamentais trabalhistas, é monitorada pelos órgãos fiscalizadores, judiciais e pelo parquet especializado, mas possui competência para averiguação exclusiva do CADE com possível revisão pela Justiça Federal;
- 27) A conduta anticompetitiva ponderada, na pesquisa, tem origens na definição de dumping, previsto pelo GATT. Possui particularidades a depender da ótica analisada. Na seara internacional, o instituto é previsto desde 1919, no Preâmbulo da Constituição da OIT e na Declaração de Filadélfia, de 1944. Constitui-se como erosão de condições de trabalho e de patamares salariais propiciados por Estados com normatividade precária ou com baixa atuação no que tange à inspeção do trabalho, o que acaba por conferir eficiência na gestão de custos sociais, por assim dizer, e permite a prática de preços abaixo do valor de mercado ou o incremento arbitrário dos lucros, pondo os concorrentes que cumprem a legislação ou que tem unidades fabris situadas em locais de maior rigidez jurídica em situação de desvantagem. Em solo brasileiro, inexistente previsão legal expressa, embora se noticiem duas tentativas de juridificação sobre o assunto. A construção do dumping social se deu no âmbito da doutrina, que entende os reiterados desrespeitos aos direitos laborais como causadores de danos sociais e de afetação da concorrência e do modelo capitalista de produção. Tal hipótese foi encampada pelo Ministério Público do Trabalho e pela Justiça do Trabalho, consubstanciado no Enunciado N. 04/2007, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que propõe um ativismo judicial (atuação extraordinária ex officio na fixação de indenização suplementar) para a repressão dos ilícitos em estudo;
- 28) O ativismo judicial trabalhista demonstrado e perpetrado por parte da jurisprudência trabalhista revela-se abusivo e, no desempenho do seu ofício e em nome de proteções sociais, afasta-se da boa técnica interpretativa processual para recair na vala comum da

dignidade humana, sem que haja a observância dos limites e das particularidades interpretativas do direito positivo com nítida fuga às funções constitucionalmente a ele dispensadas;

- 29) A Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, o Conselho Administrativo de Defesa da Ordem Econômica, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial do Comércio são legitimados a defenderem a Ordem Econômica na proporção de suas competências e atribuições específicas, seja na órbita nacional ou global. O combate ao dumping social deve ser enfrentado pelos mais distintos órgãos, porém com a observância dos seus respectivos limites de atuação. O fórum capaz de aplicar sanções estimuladoras de alteração de comportamentos competitivos, na seara internacional, é o DECOM e CAMEX, caso se trate de dumping social internacional, com possibilidade de peticionamento à Organização Mundial do Comércio, nos casos de irresignação do país sancionado, além da possibilidade de apresentação de queixa diretamente pelos Estados-membros, não obstante a OMC entenda que o tema seja de atuação da OIT;
- 30) Frente a uma situação anticoncorrencial, violadora de preceito constitucional, o tratamento, a prevenção e a repressão devem observar as regras processuais estabelecidas para a condenação por dano social, cabendo à Justiça do Trabalho, caso se depare com indícios de concorrência desleal, informar à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, que deve exercer seu papel, notadamente quanto à ação do CADE, para reconhecer a função concorrencial do Direito do Trabalho. Qualquer conduta fora desse sentido significa usurpação material de uma possível competência da Justiça Federal, que só atuará como forma de execução das sanções aplicadas pelo referido órgão regulador. Ademais, a previsão doutrinária e jurisprudencial de atuação extraordinária contraria garantias constitucionais e comuns básicas do contraditório, da unicidade de convicção e da adstrição;
- 31) A hermenêutica das normas jurídicas, tendo como base a Análise Econômica do Direito, fornece soluções eficientes para a resolução de conflitos e é capaz de orientar o legislador no sentido da elaboração de leis que busquem atingir seus resultados efetivamente. As categorias econômicas não são incompatíveis com a justiça e com a

equidade, uma vez que se baseiam na valorização do indivíduo enquanto um ser dotado de autonomia e de capacidade para agregar valor ao seu trabalho e o princípio maximização da riqueza reconhece isso;

- 32) A Economia é útil para refletir sobre as instituições de um Direito e como ele executa suas funções no seio social. Não se trata de substituir as categorias jurídicas pelas econômicas, mas complementá-las, tendo em vista que é impossível separar a Economia da vida cotidiana, muito menos das instituições normativas. É necessário que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário atentem para os efeitos econômicos das decisões que proferem e das leis editadas. A racionalidade e a eficácia da normatividade exigem que se considerem as possibilidades de alteração de comportamento pretendido pelo ordenamento jurídico;
- 33) A Construtora e Incorporadora MRV demonstra, mediante os dados apresentados e os fatos relatados, uma ascensão exponencial no setor da construção civil. Adota, também, uma política institucional laboral que desprestigia a continuidade da relação de emprego e precariza o vínculo, negando, sistematicamente, direitos sociais trabalhistas mínimos, tendo essa postura sido reconhecida e condenada pelos principais órgãos vinculados ao direito laboral. Nesse sentido, embora afirme ser comprometida com a responsabilidade social e o equilíbrio das relações de trabalho, demonstra-se como uma companhia que lucra e caminha, a passos largos, para a dominação do setor em que atua, à custa de graves violações trabalhistas;
- 34) A partir da exposição dos fatos e das definições teóricas, foi possível confrontar os resultados financeiros obtidos pela MRV e observar que a empresa auferiu altos lucros com a utilização de trabalhadores em situação análoga a de escravo - além das situações de precarização, terceirização ilícita e demais irregularidades laborais detectadas - o que proporcionou um crescimento acima da média nacional. Todavia, o custo social que tal prática ocasiona torna o desenvolvimento dessa atividade ineficiente, apresentando uma falha de mercado que deve ser corrigida;
- 35) O crescimento experimentado pela empresa, nessas circunstâncias, ainda é capaz de criar uma situação de monopólio, tendo em vista o poder de mercado adquirido com o

aumento dos lucros. Essa situação tem um elevado custo social, pois a empresa passa a exercer um domínio sobre as transações econômicas em sua área de atuação, determinando diretamente o preço da mercadoria ou do serviço que oferece. O efeito disso são preços mais altos e com produtos de menor qualidade, agravando a situação dos consumidores. Os dados sobre a litigiosidade, as infrações administrativas detectadas e os flagrantes de trabalho em condição degradante e em condição análoga a de escravo, nos canteiros de obra da MRV Engenharia, indicam uma institucionalização de desrespeito aos padrões trabalhistas por parte daquela corporação e expõem o Brasil à visão vexatória diante da sociedade internacional, mormente nos compromissos republicanos voltados à abolição do trabalho indecente;

36) Um grande número de disposições acerca dos limites impostos ao empregador em forma de norma jurídica não significa o seu devido cumprimento e o atingimentos dos fins objetivados. Exemplo disso é a possibilidade que as empresas têm de agir à margem da legislação trabalhista e de negar condições mínimas de trabalho e de desenvolvimento humano aos empregados em nome do aumento do lucro líquido. Ante esse fato, o Estado deve procurar formas efetivas de fiscalização da observância dos preceitos legais, pois a sua inércia em situações desse porte têm sérias consequências negativas para a ordem social e econômica. Diante disso, urge que se faça uma revisão, na política conduzida pelo CADE, quanto à prática reiterada de violações trabalhistas capazes de provocar danos à concorrência e configurar infrações à ordem econômica. Padece de razoabilidade o argumento da agência reguladora ao imaginar que as reparações individuais, na esfera trabalhista, sejam capazes de restituir o ambiente adequado de competitividade. Se assim o fosse, notar-se-ia uma mudança de rumo, na gestão da mão de obra pela MRV Engenharia, provocada pelas condenações e pelas multas administrativas que lhe são aplicadas;

37) O valor de uma empresa não é apenas aquele determinado pelo mercado - ainda que a ele seja vinculado -, mas exprime a sua capacidade de ser útil à sociedade. Os investimentos feitos para a valorização do trabalho e a política institucional adotada por uma companhia de grande porte tem a capacidade de produzir efeitos externos positivos, elevando seu valor agregado e tornando sua atuação desejável a ponto de ser um modelo de crescimento e de desenvolvimento socioeconômico sustentável;

A pesquisa que ora se encerra coloca em contato a competitividade empresarial, os custos trabalhistas e a atuação dos agentes econômicos nos mercados. A proposta encetada vislumbrou uma análise sistêmica das relações trabalhistas, que não mais se restringem ao mundo vertical do modelo juridicamente subordinado. A modernização dos meios produtivos e o avanço da técnica resultaram na superação do modelo estritamente industrial das relações empregatícias. O cenário apresentado de pulverização comercial, de corrida pela máxima eficiência na redução dos custos produtivos tangencia uma das áreas mais sensíveis da vida humana: o trabalho. Ampliar mercados e obter posições dominantes causando prejuízos aos que optam por uma atividade mais ajustada à eticidade econômica, pela via da transgressão de direitos humanos sem a devida repressão ressoa como um sinal simbólico de estímulo à ilicitude e como premiação aos maus empregadores.

Os anseios por crescimento e desenvolvimento econômico, as estratégias de estímulo aos direitos humanos e a ressignificação de um Estado de Bem Estar só fazem sentido se pensados doravante um parâmetro de cultura do trabalho decente. Desde a década de 1920, prevalece a ideia, na sociedade internacional, de que o trabalho é instrumento fundamental na promoção da paz e da justiça social. Esse valor fundamental deve figurar a todo tempo, na consciência dos atores que cooperam para o funcionamento da engrenagem política, social e econômica.

A apropriação da vitalidade do trabalhador para convertê-la em aumento arbitrário de lucros e em vantagem perante a concorrência empresarial possui efeitos tão nefastos que obliteram condições dignas de vida e trabalho de uns para facilitar o consumo de outros. As incessantes investidas contra a promoção do trabalho decente, a automatização dos métodos de gestão empregatícia e a desumanização do mundo competitivo configuram uma tríade energizada pela perpetuação das anacrônicas e anunciadas condições laborais, alheias a qualquer sentido de existencialidade digna do trabalhador.

O trabalho apartado do seu aspecto moral, enlutado com a morte da esperança de resgate da cidadania e submetido ao império da injustiça, transmuta-se em uma tarefa vazia, exaustiva e inútil à emancipação do sujeito. É a reprodução milenar do mito de Sísifo, filho do Rei Éolo, da Tessália, e considerado o mais sagaz dos mortais. Considerado um ofensor nato dos deuses gregos, foi condenado a rolar diariamente uma grande pedra de mármore até o topo de uma montanha. Tão logo quase finalizava seu trabalho, uma força inexplicável e irresistível a empurrava de volta ao ponto de partida, anulando todo o trabalho realizado.

Os Sísifos da modernidade são protagonizados por uma massa de atores silenciosos, desconhecidos partes de um mosaico de etnias e nacionalidades. Executam atividades monótonas, mecânicas e cansativas e questionam com as suas próprias vidas o conceito de liberdade de escolha, que se movimenta dentro da rotina, da utilidade econômica e do esvaziamento de consciência para ceder lugar ao sentido do absurdo ou ao absurdo do sentido. Desses milhares, os desleais, em uma lógica autofágica, utilizam-se para fornecer bens e serviços aos indiferentes a essa realidade. Aos algozes, aos condenados e aos inertes serve o reconhecimento da função concorrencial do Direito do Trabalho: a uns protege a outros condena, atuando, funcionalmente, em uma dúplice feição que o valida e efetiva, por fim, a maior das utopias humanas: pessoas que trabalham para viver e não vivem para trabalhar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Direito do Trabalho como dimensão dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2009.

AMATO, Lucas Fucci. **Constitucionalização Corporativa: Direitos Humanos Fundamentais, Economia e Empresa**. Curitiba: Juruá, 2014

ANDRADE, Artur Fontes de. A governança corporativa e a função social da empresa. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.101-127.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 5. ed. São Paulo, Boitempo, 2001.

APPLE. **Supplier responsibility**. Disponível em: <<http://www.apple.com/supplier-responsibility/our-suppliers/>>. Acesso em 13 de outubro de 2015

_____. **Supplier Responsibility 2015** – Progress Report. Disponível em: <https://www.apple.com/anzsea/supplier-responsibility/pdf/Apple_Progress_Report_2015.pdf>. Acesso em 04 de novembro de 2015.

APPLE'S Broken Promises. Direção: James Oliver e Matt Bardo. Produção: BBC Panorama. Londres: BBC, 2014. Documentário, 58'58''. Disponível em: <http://www.dailymotion.com/video/x2df9zb_bbc-panorama-apple-s-broken-promises_tv>. Acesso em 04 de novembro de 2015.

ARAT, Zehra F. **Democracy and human rights in developing countries**. Lincoln: iUniverse, 2003.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3.ed. Almedina: Coimbra, 2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARKOUN, Mohammed. L'islam et les dialectiques et sociologiques. **The Universal of Human Rights: precondition for a dialogue of cultures** – XVth Conference of the Académie de la Latinité. Rio de Janeiro: Educam, 2007, p.459-463.

ASTETE, Rodrigo Calderón. Derechos, seducción y poder – A proposito de las luchas por los derechos humanos y la transformación social. MOURA, Marcelo Oliveira de (Org). **Irrompendo no Real** – Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Pelotas, EDUCAT, 2005, p.69-107.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015.

BAKER & MCKENZIE INTERNATIONAL. **China Employment Law Guide - 2013**. Disponível em: <http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/North%20America/DoingBusinessGuide/Dallas/br_china_employmentlawguide_13.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

BALDI, César Augusto. Da diversidade de culturas à cultura da diversidade. MARTÍNEZ, Alessandro Rosillo *et al* (org.). **Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O particularismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

BARRAL, Welber de. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

_____. **O comércio internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação antidumping após a rodada do Uruguai**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2.ed. ver. Amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.) **Estudos Avançados de Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.413-464.

BELLAMY, Richard. **Liberalismo e sociedade moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, v. 102, p. 457-467, 2007.

_____. Política econômica e direito econômico. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 16, p. 562-588, 2011.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; KAMADA, Fabiana Lima. A Organização Internacional do Trabalho e o combate às novas formas de escravidão no Brasil. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marcos Antônio César (coord); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo. **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual**. São Paulo: Atlas, 2015, p.181-196.

BOARATI, Vanessa. **Economia para o Direito**. Barueri: São Paulo, Manole, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007

BOCORNÝ, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONEFELD, Werner. Freedom and the Strong State: on German ordoliberalism. **New Political Economy**. 2012, p. 633-656.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2012**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

Medidas em Vigor. Disponível em: <

<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4027>>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

BRITO, Henrique Magno. Ampliação da Justiça do Trabalho para conceder e restabelecer benefícios previdenciários decorrentes de acidente laboral. COELHO NETO, Ubirajara *et al* (coord). **Temas de Direito Previdenciário e de Direito do Trabalho:** estudos em homenagem ao Professor Augusto César Leite de Carvalho. Aracaju: Edição do Autor, 2012, p.15-58.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direitos Humanos.** São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Trabalho decente** – Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial.** Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil.** V. II, 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CAMACHO, Walter Gutiérrez; SACIO, Juan Manuel Sosa. De la persona y la sociedad. CAMACHO, W. G. (org.). **La Constitución Comentada** – Tomo I – Análisis artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **500 grandes da construção 2015.** Disponível em: <
http://oempreiteiro.com.br/Conteudo/Arquivos/Pdf/Ranking_2015_pg%20227%20a%20280.pdf> . Acesso em 15 de março de 2016.

_____. **Encargos previdenciários e trabalhistas no setor da construção civil:** análise nacional. Brasília: CBIC, 2009. Disponível em:

<<http://www.cbicdados.com.br/media/anexos/018.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2015.

CASELLA, João Carlos. Fundamentos da internacionalização do direito do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. V.90. São Paulo, 1995. p.375-381.

CASTELLS, Manuel. A Network Theory of Power. **International Journal of Communication**, Vol. 5, 2011, pp. 773–787. Disponível em: <<http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/viewFile/1136/553>>. Acesso em 27 de junho de 2015.

CASTRO, Clarizza *et al.* A gestão estratégica de custos como diferencial competitivo para micro e pequenas empresas. **Gestão em foco - UNISEPE**, v. 1, p. 1-10, 2015.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil – Desregulação ou Regulação Anética do Mercado?**. São Paulo: LTr, 2008.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. **Revista DireitoGV**. 2013, vol.9, n.2, pp. 721-754.

CECATO, Maria Aurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão segundo os preceitos da Declaração de 1986 da ONU. **Prim@ Facie**, v. 11, p. 23-42, 2012.

_____. O direito internacional do trabalho e seu principal órgão normativo. **Verba Juris (UFPB)**, João Pessoa, v. 1, n.1, p. 50-79, 2002.

CHAMBERLAIN, Marise M. Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação. LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coordenador). **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004, p.37-52.

CHIARADA, Janaína Elias. Função social do contrato individual de trabalho. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêcho de Séllos Knoerr**. São Paulo: LTr: 2013, p.307-336.

CHINA LABOR WATCH. **Analyzing Labor Conditions of Pegatron and Foxconn: Apples's low cost reality**. New York: CLW, 2015. Disponível em: <http://www.chinalaborwatch.org/upfile/2015_02_11/Analyzing%20Labor%20Conditions%20of%20Pegatron%20and%20Foxconn_vF.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

_____. **Who we are**. Disponível em: <http://chinalaborwatch.org/who_we_are.aspx>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

CLARKE, Paul Barry. **Ser ciudadano** – conciencia y praxis. Madrid: Sequitur, 2010, p.21.

COASE, R. H. **The firm, the Market and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos Humanos, Globalização de Mercados e o garantismo jurídico como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Contrato Coletivo de Trabalho Transnacional** – O direito global do trabalho e sua inserção na ordem jurídica brasileira. Curitiba: Juruá, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do Direito do Trabalho no capitalismo e na democracia. COLNAGO, Lorena de Mello Rezzende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (org.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.67-87.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 15.ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS – DIEESE. **Estudo setorial da construção – 2012**. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2012/estPesq65setorialConstrucaoCivil2012.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. **Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba, Juruá, 2008.

DIDDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V.1. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIENG, Adama. The rule of Law in a Changing World. DIENG, Adama (Org.). **Globalisation, Human Rights and the Rule of Law** – The Review – International Comission of Jurists. Geneva: ICJ, 1999, p.7-16.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini . **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUHIGG, Charles; BRADSHER, Keith. **How the U.S. lost out on iPhone work**. New York: The New York Times, 2012. Disponível em:
<http://www.nytimes.com/2012/01/22/business/apple-america-and-a-squeezed-middle-class.html?_r=5&ref=charlesduhigg&pagewanted=all/>. Acesso em 14 de novembro de 2015.

DOWRKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FEITOSA, Enoque. Ética e Direito: acerca da (suposta) existência de valores prévios e superiores na forma jurídica. FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; SILVA, Artur Stamford; CATÃO, Adrualdo; RABENHORST, Eduardo (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol.2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Exclusão Social e Pobreza nas Interfaces entre o Direito Econômico do Desenvolvimento e o Direito Humano ao Desenvolvimento. In: SILVEIRA, V. O.; SANCHES, S. N; BENETTI, M.. (Org.). **Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Brasília: IPEA ; CONPEDI, 2013, v. 1, p. 103-121.

FERNANDES, Fábio. **Meio Ambiente geral e Meio Ambiente do Trabalho: uma visão sistêmica**. São Paulo: LTr, 2009.

FENANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA NETO, Francisco; CAVALCANTE, Jouberto. A Organização Internacional do Trabalho, seus diplomas normativos e uma reflexão sobre sua inserção na ordem jurídica brasileira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marcos Antônio César (coord); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo. **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual**. São Paulo: Atlas, 2015. .142-156.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e saúde dos trabalhadores**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FLORES, Joaquín Herrera. Premisas de uma Teoría Crítica del Derecho. PRONER, Carol; CONTRERAS, Oscar (Org.). **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – In Memorian Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p.14-24.

_____. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – Os Direitos Humanos como produtos culturais. Traduzido por Luciana Caplan *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 5.ed.rev, atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOXCONN DO BRASIL. **História**. Disponível em: <<http://foxconn.com.br/Historia.aspx>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

FRAHM, Carina. O dumping social e o direito do trabalho. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. (Org.). **Globalização e o Comércio Internacional no Direito da Integração**. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p.285-324.

FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. **A Cegueira da Justiça: Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2011.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica** – Matriz e Possibilidades de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GHIRARDI, José Garcez. We are arrant knaves all: notes of revenge and justice in Shakespeare plays. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 1, p. 85-98, 2015.

GIANNINI, Adriana Franco *et al.* ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI Vicente; PAGOTO, Leopoldo. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012.

GOLD, Michael. **Apple's inability to monitor standards lets Pegatron pay low wages, NGO says**. Taipei: Reuters, 2012. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2015/02/12/us-apple-pegatron-labour-idUSKBN0LG0P820150212>>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

GOMES, Ana Virgínia; CARREGARO, Ana Carolina Costa. Análise dos meios de regulação laboral nos processos de integração regional. MENEZES, Wagner (org.). **Estudos de Direito Internacional**: Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. V.1. Curitiba: Juruá, 2004. p.94-100.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, a. 15, n. 58, p. 18-38, jan./mar. 2007

GÓMES, Manuel Jesús Sabariego. La globalización de las relaciones entre cultura y política: una nueva ecología de la identificación. MOURA, Marcelo Oliveira de (Org). **Irrompendo no Real** – Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Pelotas, EDUCAT, 2005, p.109-149.

GONÇALVES, Edwar Abreu. **Segurança e Saúde no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11.ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1981.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012.

GUILLÉN R., Arturo. Modelos de desarrollo y estrategias alternativas. In: CORREA, Eugenia; DÉNIZ, José; PALAZUELOS, Antonio (coords.). **América Latina y desarrollo económico**: estructura, inserción externa y sociedade. Madrid: Akal, 2008, p.15-42.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade** - Ensaios filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.45-103.

HASSON, Roland. O Estado, a atividade econômica e a sociedade globalizada. VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (coord.). **Estado & Atividade Econômica** – O Direito laboral em perspectiva. Curitiba: Juruá, 2007, p.40-52.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad - (adelantos y retrocesos). **Revista de Processo**. Vol.242. Ano 40. São Paulo: RT, abril de 2005. p.481-519.

HOFFMAN, G. A.; MOTRESOL, D. O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo código de processo civil. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 14, n. 1, p. 55-69, jan./ jun. 2011.

HOUGH, Phillip A. A Race to the Bottom? Globalization, Labor Repression, and Development by Dispossession in Latin America's Banana Industry. **Global Labour Journal**: Vol. 3: Iss. 2, p. 237-264.

IASI, Mauro Luis. **Ensaio sobre consciência e emancipação**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

_____. Trabalho: emancipação e estranhamento? In: LOURENÇO, Edvânia; NAVARRO, Vera; BERTANI, Iris; SILVA, José F.S. da; SANT'ANA, Raquel. (org.). **O Avesso do Trabalho II**. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 61-83.

IKAWA, Daniela. Universalismo, Relativismo e Direitos Humanos. RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos** - Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006, p.117-134.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Mensal de Emprego** – Evolução do emprego com carteira de trabalho assinada 2003-2012. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

_____. **Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios** – Síntese de indicadores 2011. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

_____. **Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) – Agosto de 2015.** Disponível em: <
http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/sinapi/sinapi_201508caderno.pdf
 >. Acesso em 12 de setembro de 2015.

INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. **Análise do déficit de trabalho decente – Empresa MRV – Relatório da 1ª fase de pesquisas.** Disponível em:
 <http://www.observatoriosocial.org.br/portal/sites/default/files/biblioteca/rel_geral_td_mrv_mar2012.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2013.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, NORMLEX Information System on International Labour Standards. **Ratifications of fundamental Conventions and Protocols by Country.** Disponível em:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:10011:3550489109458881:::P10011_DISPLAY_BY:3. Acesso em 26 de junho de 2015.

_____. **Conventions and Recommendations.** Disponível em:
 <<http://ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm>>. Disponível em 09 de março de 2015.

_____. **Safety and Health in the use of Chemicals at Work.** Turin: ILO, 2013.

_____. **World of Work Report 2013:** Repairing the economic and social fabric. Geneva: ILO, 2013.

JAGUARIBE, Helio. Universality and Occidental Reason. **The Universal of Human Rights: precondition for a dialogue of cultures** – XVth Conference of the Académie de la Latinité. Rio de Janeiro: Educam, 2007, p.176-189.

JACKSON, Nathan. **Chinese Labor and Employment Law.** University of Iowa Center for International Finance and Development, April 2011, p.1-27.

JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration:** Le Droit International Privé Postmoderne. Cours General de Droit International Privé. Recueil des Cours – Collected Cours of the Hague Academy of International Law. Tome 282 de la collection. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2000.

JENSEN, Michael; MECKLING, William H. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. **Revista de Administração de Empresas**. Vol.48, n2, abril/junho, 2008, p.87-125.

JOHNSON, Debra; TURNER, Colin. **International Business: Themes and Issues in the Modern Global Economy**. 2. ed. New York: Routledge, 2010.

KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang; AOKI, Renata Cristina de Oliveira. *Dumping Social: as normas trabalhistas e sua relação com o comércio internacional*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otávio; CORREA, Carlos M. **Direito, desenvolvimento e sistema multilateral de Comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KIMLICKA, Will; NORMAN, Wayne. El retorno del ciudadano - una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía. **Ágora**, N. 7, Lima, p. 5-42, 1997.

KOPCZAK, Laura Rock. A Case Study of Apple Computer's Supplier Hubs: A Tale of Three Cities. DORNIER, Philippe-Pierre *et al* (org.). **Global Operations and Logistics: Text and Cases**. New Jersey: Wiley, 1998, p.186-196.

KÜSTER, Edison. **Custos e formação de preços**. 2.ed. rev. e atual. Curitiba, Juruá, 2012.

LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicionalização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LANGILLE Brian Alexander. Para que serve o direito internacional do trabalho? **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, a. 33, n. 127, p. 175-204, jul./set. 2007.

LARRETA, Enrique Rodríguez. ¿Derechos humanos más allá del humanismo? Perspectivas para um mundo em transición. **Human Rights and their Possible Universality – 19th Conference of The Academy of Latinity**. Rio de Janeiro: Educam, 2009, p.191-206.

LASHINSKY, Adam. **Nos bastidores da Apple: como a empresa mais admirada (e secreta) do mundo realmente funciona**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAURINO, Salvador. **Destacamento de trabalhadores** - Dumping social e os desafios à afirmação do espaço social europeu. São Paulo: LTr, 2013.

LEAL, Alyson da Silva. Regulamentação e conscientização da responsabilidade social no mundo globalizado. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.45-80.

LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. **Revista Bonijuris**, Paraná, v. 27, n. 2, p. 13-32, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A Constitucionalização da Solução Pacífica de Conflitos na Ordem Jurídica de 1988**. 1. ed. São Paulo: All Print, 2013.

_____. A constitucionalização do direito das relações privadas e a aplicabilidade das normas constitucionais: um diálogo necessário. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. (Org.). **Anais do XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito** - Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. 56ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 20, p. 11495-11508.

_____; SOUSA, G. G. B. As práticas trabalhistas no setor da construção civil: um estudo de caso na perspectiva da análise econômica do Direito. In: Gina Vidal Marcílio Pompeu; Felipe Chiarello de Souza Pinto; Everton das Neves Gonçalves. (Org.). **Direito e Economia I** - (RE)Pensando o Direito: Desafios para a Construção de Novos Paradigmas. 1ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 403-432.

_____; BRANCO, M.M. A súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho e o ativismo judicial: a defesa da hermenêutica constitucional não seletiva. In: Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Maria Aurea Baroni CecatO - CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara. (Org.). **Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II**. 1ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2015, v. 24, p. 421-448.

_____. Entre o universalismo e o relativismo teórico dos Direitos Humanos: a globalização e a (não) mercantilização do trabalho. In: CONPEDI/UFPB; Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico; Susana Camargo Vieira. (Org.). **Direito Internacional e Direitos Humanos II** - A humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI. 1ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, v. 2, p. 311-339.

_____. O preâmbulo e as sociedades constitucionais: por uma revisão conceitual das funções e da representatividade jurídica do prólogo constitucional. **Juris Rationis (UnP)**, v.6, p. 11-21, 2013.

_____; BRANCO, M.M. A súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho e o ativismo judicial: a defesa da hermenêutica constitucional não seletiva. In: Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Maria Aurea Baroni Cecato - CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara. (Org.). **Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II**. 1ed.Florianópolis/SC: CONPEDI, 2015, v. 24, p. 421-448.

_____; FRANCA FILHO, M. T. Juridicidade, Economia e Liberdade: a perspectiva jurídica dos parâmetros de cidadania na teoria econômica do desenvolvimento de Amartya Sen. In: CONPEDI/UFPB; Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa; Yanko Marcius de Alencar Xavier; Giovani Clark. (Org.). **Direito Econômico, Energia e Desenvolvimento - A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI**. 1ed.Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 396-414.

_____. Os paraísos normativos e a proteção aos direitos trabalhistas: perspectivas sob a lente da transjuridicidade. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/Universidade Nove de Julho; Grasielle Augusta Ferreira Nascimento; Mirta Gladys Lorena Manzo de Misailidis; Lucas Gonçalves da Silva. (Org.). **Direito do Trabalho I - Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade**. 1ed.Florianópolis/SC: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 496-525.

LUCHIEZI JR, Álvaro. Desoneração da folha de salários: desconstruindo os mitos da formalização da mão de obra e da competitividade industrial. RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI Jr., Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos: elementos para uma reflexão**. Brasília: SINDIFISCO, IPEA, DIEESE, 2011, p.85-106.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A atividade humana do trabalho [Labor] em Hannah Arendt. **Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, MG, v. 9, n.1, p. 1, 2006. p.3. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_1_theresa.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2016.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning Edições, 2006.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Singular, 2014.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional** – Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 12. Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MARUYAMA, N.. Liberdade, lei natural e direito natural em Hobbes: limiar do direito e da política na modernidade. **Transformação** (UNESP. Marília. Impresso), v. 32, p. 45-62, 2009.

MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. **Ciudadanía y classe social**. Versión de Pepa Linhares. Madrid: Alianza Editorial, 2007, p.20-21.

MASIERO, Gilmar *et al.* **Competitividade industrial chinesa: impacto econômico e realidade socioambiental**. Curitiba: Juruá, 2012.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Defesa da Concorrência: política, sistema e legislação antitruste brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade** - Ensaio filosófico do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.45-103.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o delineamento constitucional de um novo conceito de cidadania. RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos** - Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006, p.387-440.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 181, p. 113-139, 2009.

MEDEIROS, Noé de. **Os direitos humanos e os efeitos da globalização**. Barueri: Minha Editora, 2011.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano Moral Coletivo**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2012

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Luiz Antônio Camargo de; BRASILIANO, Cristina Aparecida Ribeiro; MORENO, Jonas Ratier; FABRE, Luis Carlos Michele. O novo Direito do Trabalho: a era das cadeias produtivas – Uma análise do Protocolo adicional e da recomendação acessória à Convenção 29 da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**. v. 1, n.1, p.311-335, p.318-319.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5ed. São Paulo: LTr, 2013.

MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**. São Paulo: DAAD/Quartier Latin, 2010, p.243-286.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. **Peça de representação/Procedimento Administrativo CADE nº 08012.004330/2012-99**. 2012.

MRV Engenharia. **Apresentação Institucional**. Disponível em: <<http://ri.mrv.com.br/listgroup.aspx?idCanal=uN4B8bt8QDx/2O2rGvrVUg>> Acesso em 18 de março de 2016.

_____. **Grupo MRV**. Disponível em: <http://www.mrv.com.br/institucional/grupomrv>>. Acesso em 15 de março de 2016.

_____. **Institucional**. Disponível em: <<http://www.mrv.com.br/institucional/>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

_____. **MRV em números**. Disponível em: <<http://www.mrv.com.br/pdf/mrv-em-numeros-pt.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

_____. **MRV Engenharia vence Ranking ITC pela quarta vez**. Disponível em: <<http://www.mrv.com.br/institucional/noticiasinterna/mrv-engenharia-vence-ranking-itc-pela-quarta-vez>>. Acesso em 18 de março de 2016.

MÜLLER, Friedrich. Rule of Law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.) **Estudos Avançados de Direitos Humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.44-54.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso **de Direito do Trabalho**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEPOMUCENO, L. A.; SILVA, Lays Borges da. Entre a fé e a vingança: uma leitura de "O mercador de Veneza", de Shakespeare. **Perquirere** (Patos de Minas), v. 5, 2008, p1-15.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do Poder Econômico** – A liberdade revisitada. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. **Revista do TRT - 15ª Região**. Campinas, n. 38, p. 57-74, jan./jun. 2011.

NUSSBAUM, Martha C. **Las fronteras de la justicia** – consideraciones sobre la exclusión. Barcelona: Paidós, 2012, p.172.

_____. **Fronteiras da justiça** – deficiências, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013

OLIVEIRA, Carlindo Rodrigues. Encargos sociais e desoneração de folha de pagamentos: revisitando uma antiga polêmica. RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI Jr., Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos**: elementos para uma reflexão. Brasília: SINDIFISCO, IPEA, DIEESE, 2011, p.75-85.

PACTO GLOBAL – REDE BRASILEIRA. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/default.aspx>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio. **Direito do Trabalho Doméstico**, 2a. ed., São Paulo: LTr, 2001.

PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Dykinson, Madrid, 2003.

PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Tradução de Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6.ed. Tradução de Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Projeto de Regulamento da Terceirização Trabalhista: o maniqueísmo ideológico e o oportunismo político no debate jurídico. **Revista LTr: legislação do trabalho**. v. 79, p. 809-814, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIRES, Adilson Rodrigues. **Práticas abusivas no Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução: Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório de Desenvolvimento Humanos 2014**. Disponível em:
<<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2015.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. A cláusula social na OMC: por uma inter-relação efetiva entre OMC e OIT e o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista Scientia Juris**. Londrina: v.11, p.165-183, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAPIS, CIBELE. **O microcrédito e o combate à pobreza**. 2007. 118p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie.

REICH, Norbert. **Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económico em la República Federal Alemana)**. Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

REPÓRTER BRASIL. **MRV é condenada a pagar R\$ 6,7 milhões por infrações trabalhistas e escravidão**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/08/mrv-e-condenada-a-pagar-r-67-milhoes-por-infracoes-trabalhistas-e-escravidao/>> . Acesso em 28 de agosto de 2013.

RIBEIRO, José Aparecido Carlos *et al.* Desoneração de folha de pagamentos: breves lembretes e comentários. RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI Jr., Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos: elementos para uma reflexão**. Brasília: SINDIFISCO, IPEA, DIEESE, 2011, p.107-124.

RIGAUX, Marc. **Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause**. Bruxelles: Buylant, 2009.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula Social. In: Barral, Welber (Org.) **O Brasil e a OMC**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. **Competência da Justiça do Trabalho**. Curitiba: Gênese, 2005.

ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem: a solução viável**. São Paulo: Ícone, 1997.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

_____. **Inclusão social pelo trabalho: desenvolvimento humano, trabalho decente e o futuro dos empreendedores de pequeno porte**. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SACHS, Jeffrey. **O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos**. São Paulo, Companhia das Letras, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas tendentes à dominação de mercados** – análise jurídica. 374p. (Tese apresentada pra concurso de professor titular de Direito Comercial – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 2001.

_____. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2.ed. rev e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Regulação e Concorrência (Estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência** – A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTORO, Valéria. **Dumping: abordagem dogmática e aplicada no âmbito da OMC**. São Paulo: Scortecci, 2010.

SANTOS, BOAVENTURA SOUSA. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n. 48, p. 11–32, jul. 1997.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho – formas de combate. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10a. Região**, v. 43, p. 64-79, 2015.

_____. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, v. 72, p. 277-284, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Dimensões da dignidade** - Ensaios filosóficos do Direito e Direito Constitucional. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013 p.15-43.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Direitos fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p.207-244.

SATIE, Luis. Direito e Estética. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 631-640, Dezembro, 2010.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana** [online]. 2006, vol.12, n.1, pp. 207-236.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERRANO, Antonio Salamanca. ¿Revolución de los derechos humanos de los pueblos o Carta Socialdemócrata a Santa Claus? MARTÍNEZ, Alessandro Rosillo *et al* (org.). **Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 135-156.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/mercador.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

SILVA, Américo Luis Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Iris Elena da Cunha Gomes da. Dumping Social e relações de trabalho na China. Dumping social e relações de trabalho na China. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, n. 2, p. 43-54, jan./jun. 2012. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_2/3-artigo7_dumping.pdf]. Acesso em 05 de outubro de 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Direito Constitucional Ambiental**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Lenara Giron da.; ROCHA, Leonoel Severo. Aspectos relacionados à organização internacional do trabalho e a Organização Mundial do Comércio para efetividade dos direitos trabalhistas na globalização. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 14(27), p. 117-138.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial**. Lisboa: Almedina, 2008.

SILVA, Paulo Henrique Tavares. **Valorização do Trabalho como Princípio Constitucional da Ordem Econômica Brasileira – Interpretação Crítica e Possibilidades de Efetivação**. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, TEÓFILO. **A paixão segundo Shakespeare**. Brasília: W edições, 2010.
SILVEIRA, Alessandra. União Europeia: Da Unidade Jurídico-Política do Ordenamento Composto (ou da Estaca em Brasa no Olho do Cíclope Polifemo). In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). **Direito da União Européia e Transnacionalidade**. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 9-42.

SILVEIRA NETO, Otacílio Silveira.; POTIGUARA, Telma Meira Silveira . A intervenção do Estado no domínio econômico e a busca do pleno emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 20, p. 17-30, 2014.

SING, Ajit; ZAMMIT, Ann. Labour Standards and the “Race to the bottom”: rethinking globalization and workers rights from developmental and solidaristics perspectives. **ESCR Working paper** No 279. Cambridge: ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Dumping Social nas relações trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota da. Organização empresarial à luz da ordem econômica constitucional. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.156-175.

SOUZA, Ricardo Timm. Direitos Humanos no Século XXI: a reconfiguração contemporânea da questão desde a crítica da ideia moderna de liberdade. MARTÍNEZ, Alessandro Rosillo *et al* (org.). **Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 47-68.

SOUZA, Salim Reis de. A ética e a função social pluridimensional nas organizações empresariais. DARCANY, Mara (coord.). **Direito, inclusão e responsabilidade social** – Estudos em homenagem a Carlos Aurélio Mota de Souza e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. São Paulo: LTr: 2013, p.557-583.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo, Saraiva, 1980.

SPIELMAN, Carlos André. O Direito Constitucional Internacional e o Ativismo Judicial Transnacional. ANDRADE, André (Org.). **Constitucionalização do Direito** – A Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3.ed.atual. São Paulo: LTr, 2000.

_____; RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. Visão crítica do direito internacional. **SYNTHESIS**. São Paulo, n. 14, p. 50-53, jan./jun. 1992.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira** – A Lei nº 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência. São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, Quintino Lopes Castro. Multiculturalismo. LOIS, Cecilia Caballero (Org.). **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo** – a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy Editora, 2005, p.90-124.

THE HERITAGE FOUNDATION. 2015 **Index of Economic Freedom** – Promoting Economic Opportunity and Prosperity. Disponível em: <
<http://www.heritage.org/index/pdf/2015/book/Highlights.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília , v. 41, n. 2, p. 29-58, Dec. 1998, p.51 . Available from
 <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003&lng=en&nrm=iso>. access on 06 Jan. 2016.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73291998000200003>.

TOLFO, Suzana da Rosa; PICCININI, Valmíria. Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis e estudos empíricos brasileiros. **Psicologia e Sociedade.**, Porto Alegre , v. 19, n. spe, p. 38-46, 2007, p.40. Disponível em:
 <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000400007&lng=en&nrm=iso>. access on 29 Feb. 2016.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-71822007000400007>.

TOMAZETTE, Marlon. **Comércio internacional & Medidas Antidumping**. Curitiba: Juruá, 2008.

TONELSON, Alan. **The Race to the Bottom:** why a world worker surplus and uncontrolled free trade are sinking American living standards. Boulder: Westview Press, 2002.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos humanos e desenvolvimento: evolução e perspectiva do direito ao desenvolvimento como um direito humano. In: _____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. v. 2. p.261-329.

TRINDADE, André Karam. Pórcia e os limites da interpretação do Direito. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 19, p. 755-786, 2014.

TUROLLA, F. A. Globalização e Desigualdade. **GV Executivo**, v. 2, p. 16-21, 2003.

UNITED STATES OF AMERICA. The Conference Board – Trusted Insights for Business Worldwide. **International Comparisons of Hourly Compensation Costs in Manufacturing, 2013**. Disponível em: <<https://www.conference-board.org/ilcprogram/index.cfm?id=2826>>. Acesso em 27 de maio de 2015.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. **The Law and Policy of The World Trade Organization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira . Liberalismo v. democracia: os conceitos de liberdade de Berlin e o diálogo entre Rawls e Habermas. **Revista de Direito Internacional**, v. 8, p. 1-18, 2011.

VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, E.B.. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o dumping social. In: **Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho**, 2007, Porto Alegre. Curitiba: Juruá, 2007. p. 151-164.

_____; GOMES, Eduardo Biachi. Hierarquia das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho na conformidade da Emenda Constitucional 45 de 2004. In: Wilson Ramos Filho. (Org.). **Constituição e Competência Material da Justiça do Trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Genesis, 2005, v.1 , p. 77-98.

VOILLEMOT, Dominique. **La Règlementation CEE Antidumping et Antisubventions**. Paris: Duchemin, 1992.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito ao Trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização**. 2009. 443p. Tese de Doutorado 2007. Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

WOLKMER, Antônio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. Direitos humanos e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade. PRONER, Carol; CONTRERAS, Oscar (Org.). **Teoria Crítica dos Direitos Humanos** – In Memorian Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p.131-151.

WORLD BANK. **World Development Indicators**. Washington D.C.: Disponível em: <http://data.worldbank.org/country/china#cp_gep>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **International Trade and Market Access Data Interactive Tool**. Disponível em: < https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_e.htm >. Acesso em 25 de maio de 2015.

ZAHREDDINE, Danny; REQUIÃO, Ricardo Bezerra. Brasil e o regime internacional de proteção aos trabalhadores migrantes. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v.1., p.96-120, CEDIN: 2014.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na Ordem Econômica** – Princípios e Função Social. Curitiba: Juruá, 2009.

ZEGER, Artur. Mercado e Concorrência: abuso do poder econômico e concorrência desleal. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (Justiça Federal)**, v.17, n.28, p.47-68, 2010.

ZIMMERMAN, James. Labour Law: Trends and practices in China. **Rule of Law in China: Chinese Law and Business**. N.6, 2007, p.2-6.

ZUMBANSEN, Peeer. Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The emergence of a transnational legal pluralist order. **Global Constitutionalism**, v. 1, n. 1, 2012, p. 16-52.