

**SOBRE A FLEXIBILIDADE E A RIGIDEZ DOS DIREITOS
SOCIAIS RELATIVOS AO TRABALHO NO ORDENAMENTO
CONSTITUCIONAL DE 05 DE OUTUBRO DE 1988**

Reinaldo Pereira e Silva

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do
título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito

Orientador: Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Florianópolis

1996

A dissertação “**Sobre a Flexibilidade e a Rigidez dos Direitos Sociais Relativos ao Trabalho no Ordenamento Constitucional de 05 de Outubro de 1988**”, elaborada por **Reinaldô Pereira e Silva** e aprovada por todos os membros da banca examinadora, restou julgada adequada à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito.

Florianópolis, 22 de julho de 1996

Banca Examinadora

Professor Doutor **Cesar Luiz Pasold**

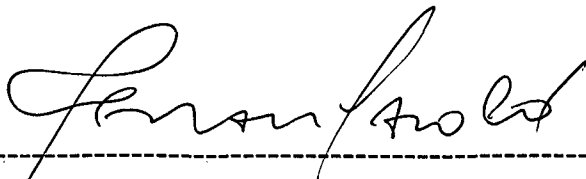
Universidade Federal de Santa Catarina


Professor Doutor **Volnei Ivo Carlin**

Universidade Federal de Santa Catarina


Professor Doutor **José Isaac Pilati**

Universidade Federal de Santa Catarina



Professor Doutor **Cesar Luiz Pasold**


Orientador

A dissertação “**Sobre a Flexibilidade e a Rigidez dos Direitos Sociais Relativos ao Trabalho no Ordenamento Constitucional de 05 de Outubro de 1988**”, elaborada por **Reinaldo Pereira e Silva** e aprovada por todos os membros da banca examinadora, restou julgada adequada à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito.

Florianópolis, 22 de julho de 1996

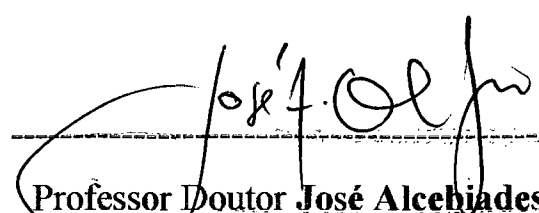
Banca Examinadora

Professor Doutor **Cesar Luiz Pasold**
Universidade Federal de Santa Catarina



Professor Doutor **Volnei Ivo Carlin**
Universidade Federal de Santa Catarina

Professor Doutor **José Isaac Pilati**
Universidade Federal de Santa Catarina



Professor Doutor **José Alcebiades de Oliveira Júnior**
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Agradeço ao Criador pela conclusão desta dissertação e a todas as suas criaturas que me são sinceras e de cuja amizade desfruto.

RESUMO

O discurso sobre a flexibilidade e a rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho se insere dentro do âmbito temático da chamada crise da Constituição Econômica, enquanto manifestação jurídica do Estado Intervencionista. Este é o seu pano de fundo. A partir dos choques econômicos mundiais dos anos 70, a idéia de flexibilidade dos direitos sociais, em oposição ao seu caráter rígido, se apresenta como a “mais racional” e, até mesmo, a única estratégia possível diante da globalização da economia. O que se considera de fundamental importância, portanto, é descobrir as funções latentes em torno do discurso da flexibilidade. No Brasil, a questão acerca da flexibilidade, mais do que um discurso, é uma prática disseminada nos âmbitos empresarial e judicial. Precisamente por essa razão, nesta dissertação se pretende revelar o caráter ideológico do discurso da flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho e defender como alternativa a ele a organização no plano mundial dos trabalhadores, tal como ocorre com a organização do capital. Se o discurso da flexibilidade nos países subdesenvolvidos se justifica em termos de maiores vantagens conferidas ao capital internacionalizado, até a supressão dos direitos sociais, tal círculo vicioso só será rompido mediante a organização internacional dos trabalhadores.

SOMMARIO

Il discorso sulla flessibilità e la rigidità dei diritti dei lavoratori si inserisce nell'ambito tematico della cosiddetta crisi della Costituzione Economica, la quale è la manifestazione giuridica dello Stato di Benessere. È sullo sfondo che sarà sviluppato il nostro discorso. Dalla crisi economiche mondiale degli anni 70, l'idea della flessibilità dei diritti sociali si presenta come l'alternativa "più razionale" oppure come l'unica strategia possibile davanti alla "globalizzazione" dell'economia. Quello che ci sembra di fondamentale importanza è scoprire le funzioni latente svolte da questo discorso sulla flessibilità. In Brasile, la questione sulla flessibilità più che un discorso è una pratica disseminata nell'ambito delle aziende e dell'apparato giuridico. Il nostro lavoro ha perciò la pretesa di svelare il carattere ideologico di questo discorso e di difendere come alternativa a ciò l'organizzazione al livello mondiale dei lavoratori, "pari passo" all'organizzazione del capitale. Se il discorso sulla flessibilità nei paesi sottosviluppati si giustifica in termini di maggiori vantaggi per il capitale internazionale, fino alla soppressione dei diritti sociali, questa circolarità potrà essere interrotta solo con l'organizzazione internazionale dei lavoratori.

GESSO E BRONZE

Castro Alves

(...)

Uma - pálida e fria, inda amassada em gesso

No canto da oficina ensaio sem apreço!...

Outra - prodígio d' arte, arrojo peregrino,

Encarnação de luz em bronze florentino!...

Uma noite, porém, um raio, o acaso ... um nada

O incêndio arremessando à tenda profanada...

No vermelho estendal das cinzas do brasido

Viu-se o esboço de pé ... e o bronze derretido!...

(...)

SUMÁRIO

Resumo	004
Sommario	005
Introdução	010
1. Os Contornos Político-Constitucionais dos Direitos Sociais	014
1.1. O Estado Absenteísta e a Constituição Liberal.....	015
1.1.1.1. O Estado Absenteísta.....	015
1.1.1.2. O Estado Reduzido.....	016
1.1.1.3. Os Postulados Jurídicos da Redução do Estado.....	018
1.1.1.4. O Estado de Direito.....	020
1.1.1.5. O Estado Mínimo.....	022
1.1.2.1. A Constituição Liberal.....	023
1.1.2.2. As Razões e a Estrutura da Constituição Liberal.....	024
1.1.2.3. A Declaração de Direitos.....	027
1.1.2.4. O Regramento do Poder.....	029
1.1.3. O Valor Liberdade.....	031
1.2. O Estado Intervencionista e a Constituição Econômica.....	034
1.2.1.1. O Estado Intervencionista.....	034
1.2.1.2. A Nova Concepção do Estado de Direito: O Estado Social de Direito.....	036
1.2.1.2.1. A Reavaliação da Suma Divisio.....	038
1.2.1.3. A Reformulação do Estado Mínimo.....	039
1.2.1.4. O Estado do Bem Estar Social.....	040
1.2.2.1. A Constituição Econômica.....	042
1.2.2.2. O Conceito de Constituição Econômica.....	043
1.2.2.3. A Declaração de Direitos.....	045
1.2.2.3.1. Os Direitos Sociais.....	047
1.2.2.4. O Regramento do Poder.....	049

1.2.3. O Valor Igualdade.....	050
2. A Emergência do Discurso da Flexibilidade dos Direitos Sociais.....	053
2.1. A Crise do Estado Intervencionista. Constituição Econômica: A Flexibilidade e a Rigidez.....	054
2.1.1. A Crise do Estado Intervencionista.....	054
2.1.2. A Crise da Constituição Econômica: A Flexibilidade e a Rigidez.....	060
2.1.3. Flexibilidade ou Flexibilização.....	063
2.1.4. Dos Argumentos Favoráveis e dos Argumentos em Contrário..	064
2.1.5. As Formas de Rigidez e os Contrapontos Flexíveis.....	071
2.1.6. Os Modelos de Flexibilidade.....	074
2.1.7. O Caso Brasileiro.....	081
3. Crítica às Amarras Institucionais da Rigidez dos Direitos Sociais.....	083
3.1. As Amarras Institucionais Insertas no Poder Judiciário do Trabalho.....	085
3.1.1. Histórico da Justiça do Trabalho no Brasil.....	085
3.1.2. A Justiça do Trabalho na Constituição Federal de 1988.....	088
3.1.3. Análise Crítica da Organização Paritária da Justiça do Trabalho.....	090
3.1.4. A Competência da Justiça do Trabalho: Dissídios Individuais e Dissídios Coletivos.....	095
3.1.4.1. Análise Crítica da Sentença Normativa.....	097
3.2. As Amarras Institucionais Insertas na Estrutura Sindical Brasileira.....	103
3.2.1. Histórico do Sindicalismo Brasileiro.....	103
3.2.2. A Organização Sindical na Constituição Federal de 1988.....	106
3.2.3. Análise Crítica do Princípio da Unicidade Sindical.....	107

4. Análise Jurídica da Flexibilidade e da Rigidez dos Direitos Sociais Relativos ao Trabalho na Constituição Federal de 1988	113
4.1. Resposta aos Critérios de Medição da Flexibilidade ou da Rigidez.....	114
4.1.1. Os Critérios de Medição.....	114
4.1.2. Há ou Não no Corpo da Constituição Federal de 1988 a Previsão de Direitos Sociais?.....	117
4.1.2.1. Os Direitos Sociais Tipicamente Laboralistas.....	117
4.1.2.1.1. A Flexibilidade Negocial.....	120
4.1.2.1.2. Consideração Crítica.....	123
4.1.2.2. Os Direitos Sociais Rescisórios.....	124
4.1.2.2.1. A Convenção n° 158, da Organização Internacional do Trabalho.....	127
4.1.2.2.2. Consideração Crítica.....	130
4.1.3. Qual a Natureza Jurídica dos Direitos Sociais Previstos na Constituição Federal de 1988?.....	130
4.1.4. Qual a Consequência do descumprimento dos Direitos Sociais Sujeitos ao “Jus Cogens”?.....	132
4.1.4.1. A Quitação Rescisória.....	133
4.1.4.2. A Conciliação Judicial.....	137
Considerações Finais	141
Referências Bibliográficas	146

INTRODUÇÃO

1. Advertência Preliminar

Cumprido dar início à análise crítica “Sobre a Flexibilidade e a Rigidez dos Direitos Sociais Relativos ao Trabalho no Ordenamento Constitucional de 05 de Outubro de 1988”, com a apresentação simultânea dos resultados provisórios desta dissertação ao seu público alvo, ancorado na mesma preocupação de clareza que Cipião expressou, na escrita de Marco Túlio Cícero, ao se deparar com as justificadas expectativas de Filão¹. No caso desta dissertação, a preocupação concerne à necessidade do estabelecimento dos conceitos de direitos sociais, em primeiro lugar, e de rigidez e de flexibilidade, em segundo lugar, para, somente após a delimitação dos seus contornos, se debruçar sobre o ordenamento constitucional em vigor no Brasil.

2. Objeto e Objetivos

O objeto desta dissertação se delimita à reflexão de caráter crítico a respeito do discurso da flexibilidade e da rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho, centrando-se, mais especificamente, nas hipóteses de flexibilidade negociada constantes do ordenamento constitucional de 1988 e nas práticas da chamada flexibilidade paralela presentes no dia a dia da convivência

¹ *“Farei o possível para agradar-te, e começarei a discussão observando uma regra necessária em toda disputa, se se quer afastar o erro, que é ficar de acordo quanto à denominação do assunto discutido e explicar claramente o que significa. O sentido particular deve estabelecer-se bem antes de abordar a questão geral, porque nunca se poderão compreender as qualidades do assunto que se discute se não se tem o mesmo na inteligência”* (CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. trad.: Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. p.39).

trabalhador/empregador. O objetivo imediato desta dissertação (objetivo institucional) é a obtenção do título de mestre em Instituições Político-Jurídicas, em conformidade com as exigências do curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD-UFSC), e os objetivos mediatos (objetivos de pesquisa) visam a demonstrar a falsidade da assertiva segundo a qual, no Brasil, os direitos sociais gozam da qualidade de rigidez, engessando a criatividade das empresas para se adaptarem às novas demandas das sociedades capitalistas globalizadas. Com os objetivos de pesquisa se pretende comprovar, ao contrário do corrente inclusive nas Academias, a presença, às vezes excessiva, de hipóteses de flexibilidade dos direitos trabalhistas no constitucionalismo social brasileiro. E, ao mesmo tempo, o caráter tendencioso do discurso da crise do Estado Intervencionista.

3. Justificação Social

A importância do tema desta dissertação, além da sua manifesta atualidade, socialmente se justifica pela natureza abrangente dos direitos sociais, com acentuadas implicações políticas (na identificação do modelo vigente de Estado) e implicações jurídicas (na identificação do modelo vigente de Constituição). Tal natureza abrangente, na lição de Manuel Alonso Olea, decorre da constatação de que “*o direito do trabalho (espécie do gênero direitos sociais, que se constitui no preciso objeto desta dissertação) não é tanto uma disciplina que pretende para si uma zona determinada do ordenamento jurídico; é, muito mais, uma forma de contemplar o ordenamento todo, em toda a sua complexidade*”²; tendo no trabalho humano, enquanto precioso

² OLEA, Manuel Alonso. Las Fuentes del Derecho, en Especial del Derecho del Trabajo Segun la Constitucion. Madrid: Civitas, 1982. p.29

instrumental de análise, o seu observatório privilegiado. Assim, a reflexão crítica acerca dos direitos sociais relativos ao trabalho, sob a ótica do discurso da flexibilidade, possui uma pretensão de estudo muito maior do que ingenuamente aparenta, vez que se lança sobre temas fundamentais tanto da Ciência Política quanto da Ciência do Direito.

4. Método e Técnicas Adotadas

O método, consciente ou inconscientemente, está presente no esforço humano para alcançar o conhecimento. Nesta dissertação, de modo deliberado, se empregam, enquanto mais constante método para a apreensão da realidade dos direitos sociais relativos ao trabalho no Brasil, o método de abordagem indutivo, e, na construção de parâmetros teóricos de base, essenciais para a posterior elaboração de inferências críticas, o método dedutivo³. Enquanto métodos de procedimento, são adotados tanto o método expositivo quanto o método histórico. As técnicas utilizadas nesta dissertação são: a documental e a bibliográfica simultaneamente e, incidentalmente, para reforçar ou aclarar certas conclusões, a jurisprudencial.

5. Estrutura Geral

Esta dissertação se compõe de quatro capítulos: os dois primeiros de caráter mais particular - porquanto visam à definição dos conceitos operacionais, e os dois últimos de pretensão mais geral - eis que voltados à reflexão do constitucionalismo social

³ Conforme assevera Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “o método da ciência do direito tem de ser a indução, mas sem que, para o conhecimento prévio do fenômeno social, se prescindia de pesquisas de conhecimento puro”. (Sistema de Ciência Positiva do Direito. v. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p.23-4)

brasileiro. No capítulo 1 se discorre sobre os modelos de Estado (Absenteísta e Intervencionista) e de Constituição (Liberal e Econômica), mediante o emprego, na primeira hipótese, da dualidade: poderes e funções, e, na segunda hipótese, da dualidade: declaração de direitos e regramento dos poderes. Neste contexto classificatório se busca identificar a localização jurídico-política dos direitos sociais relativos ao trabalho. O capítulo 2 trata do discurso da flexibilidade dos direitos sociais, adotando a dicotomia direita/esquerda para a análise dos argumentos contrários e favoráveis à sua emergência. Nessa mesma oportunidade se analisam os traços sintomáticos da rigidez. No capítulo 3 são apresentadas e criticadas as chamadas amarras institucionais à rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho (aspectos destacados do Poder Judiciário do Trabalho e da Estrutura Sindical). E o capítulo 4 apresenta os critérios de medição da flexibilidade ou rigidez dos direitos sociais trabalhistas no ordenamento constitucional brasileiro, com ênfase ao estudo da chamada flexibilidade paralela.

6. Última Advertência

Os conceitos operacionais aqui adotados serão oportunamente esquadrihados ao longo da dissertação, mais especificamente nos dois primeiros capítulos, sendo que os mais centrais constarão definidos no seu próprio corpo e os mais periféricos, em notas de rodapé. A aprovação desta dissertação, cumpre esclarecer, necessariamente não significa o endosso do professor-orientador, Dr. César Luiz Pasold, dos demais professores integrantes da banca examinadora e do CPGD-UFSC às orientações acadêmicas que a fundamentam e às considerações que, ao final, pretensamente alcança.

1. OS CONTORNOS POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais relativos ao trabalho são assunto que melhor se compreende quando inserido em um contexto de análise capaz de privilegiar a reflexão a respeito dos modelos modernos de Estado e de Constituição: os Estados Absenteísta e Intervencionista e as Constituições Liberal e Econômica. Com efeito, antes da emergência do Estado Absenteísta, nos séculos anteriores à Revolução Francesa de 1789, sequer importância o assunto possuía, porque somente a partir desse marco histórico surge o seu contraponto: o enfraquecimento dos poderes do Estado. Entrementes, no momento em que o Estado Intervencionista se impõe como o “fiat lux” do fortalecimento da capacidade de intervenção estatal, se desconsiderado o contexto de análise proposto, a compreensão do assunto se empalidece.

Assim, a abordagem dos direitos sociais, em um contexto de análise de abrangência político-constitucional, se faz necessária, inclusive, para aprofundar a análise da emergência da Constituição Econômica e das causas da pretensa crise do Estado Intervencionista. Hodiernamente, o que demonstra pouca profundidade por parte dos que advogam a suficiência dos direitos individuais, a reflexão em torno dos direitos sociais se tem apegado a uma crítica miúda à moderna declaração de direitos, como empecilho ao desenvolvimento da economia, de maneira a dar a impressão de o Estado Intervencionista e de a correspondente Constituição Econômica serem algo de anacrônico. Ao invés, o que se pretende, com uma mais ampla contextualização temática, é demonstrar a complexidade da abordagem dos direitos sociais no Estado Intervencionista, e a necessidade de se enfrentar o discurso da crise sem meias-verdades.

1.1. O ESTADO ABSENTEÍSTA E A CONSTITUIÇÃO LIBERAL

1.1.1.1. O Estado Absenteísta

Por Estado Absenteísta se deve entender uma determinada concepção de Estado, amparada pelos postulados jurídicos da doutrina liberal⁴, cujo traço distintivo repousa sobre a redução de seus poderes⁵, aqui entendido restritivamente, enquanto capacidade para intervir soberanamente nas relações entre indivíduos, e a redução de suas funções, enquanto conjunto de possíveis medidas estatais de intervenção. Como tal, não se assemelha nem ao Estado Absoluto, em que não existia a noção de “redução” e que, por essa razão, historicamente o antecedeu⁶, nem ao Estado Intervencionista, cuja

⁴ “A sociedade liberal é definida pela dissolução do sistema aristocrático pós-feudal de estamentos ou de posições sociais pré-fixadas, e a consequente distinção entre o “status” político e a circunstância social. A posição social já não define o “status” político. Todos os indivíduos, em princípio, adquirem uma igualdade formal como cidadãos, adquirem deveres e direitos políticos e civis semelhantes. Uma gama relativamente extensa de desigualdades nas circunstâncias sociais e econômicas é, no entanto, tolerada e tratada como sendo algo diferente da igualdade político-legal. (...) Há setores da vida particular econômica e moral nos quais não é lícito ao Estado penetrar. (...)”. (UNGER, Roberto Mangabeira. Conhecimento e Política. trad.: Edyda Mangabeira Unger. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.191). Segundo Paulo Bonavides, “na doutrina liberal, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional, como o maior inimigo da liberdade”. (Do Estado Liberal ao Estado Social. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p.227)

⁵ “O poder do Estado não é nem a soma nem a mera multiplicação das forças particulares compreendidas, mas a resultante de todas as ações e reações politicamente relevantes, internas e externas. Em linhas gerais distinguem-se nesta cooperação três grupos que, naturalmente, não se conceberão como magnitudes estáticas, mas como dinamicamente mutáveis: o núcleo do poder que realiza positivamente o poder do Estado, os que o apóiam e os partícipes negativos que a ele se opõem”. (HELLER, Hermann. Teoria do Estado. trad.: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p.285)

⁶ “O Estado Absenteísta nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura

noção de “redução” é dinamicamente alterada, porém não negada, e que, em consequência, historicamente o sucede⁷.

Rigorosamente, o absenteísmo, elemento de identificação da ação do Estado a partir da acomodação da doutrina liberal ao longo do século XIX, se constitui na resultante de um “querer político” que envolve a instituição da sociedade. O que permite afirmar, com Raimundo Bezerra Falcão, que a autonomia da vontade, o mercado, a livre concorrência e os seus conseqüências “*não foram tidos como irrelevantes pelo Estado*”. Pelo contrário, “*eram tão relevantes (a ponto de conformar o imaginário social) que neles decidiu não interferir, deixando que as coisas acontecessem ao sabor de uma pretensa liberdade individual de ação*”⁸.

1.1.1.2. O Estado Reduzido

A concepção do Estado Absenteísta como um Estado reduzido compreende dois aspectos diversos do problema, um voltado para a questão relativa à redução dos poderes do Estado, que

revolucionária”. (BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1990. p.14). A noção de “redução” dos poderes e das funções estatais, que é concernente ao Estado Absenteísta, não é própria do Estado Absoluto, posto que para este modelo estatal, conforme se infere do pensamento de Thomas Hobbes, “*é manifesto que em toda cidade há algum homem, ou conselho, ou corte, que terá direito a um poder (aqui entendido “lato sensu”) tão grande sobre cada cidadão individual quanto cada homem tem sobre si mesmo: isto é, um poder supremo e absoluto, limitado somente pelo vigor e força da própria cidade, e por nada mais no mundo. Isso porque, se fosse limitado o seu poder, tal limitação necessariamente haveria de proceder de algum poder maior*”. (Do Cidadão. trad.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.132)

⁷ “*Ao Estado liberal, absenteísta ou abstencionista, sucedeu o Estado intervencionista*”. (RUSSOMANO, Rosah. Livre Iniciativa e o Intervencionismo Estatal. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Rio de Janeiro: Forense, ano I, n. 1. p.29)

⁸ FALCÃO, Raimundo Bezerra. Tributação e Mudança Social. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.174

não se confunde com a teoria da tripartição dos poderes⁹, e o outro voltado para a questão relativa à redução das funções do Estado; ou seja, um envolvido com o debate do enfraquecimento da capacidade de intervenção do Estado e, conseqüentemente, do poder deste de exercer as suas funções, e o outro, do limite das funções estatais propriamente ditas, ou, de diferente forma, da limitação do campo em que a intervenção estatal se pode exercer.

A noção corrente em Teoria Geral do Estado, que serve para representar o primeiro aspecto do problema, é a noção de Estado de direito¹⁰, ou Estado de poderes reduzidos, e a noção, mais corrente na literatura político-liberal, que serve para identificar o segundo aspecto, é a noção de Estado mínimo, ou Estado de funções reduzidas. A respeito dessas duas noções, esclarece Norberto Bobbio que, enquanto “*o Estado de direito se contrapõe ao Estado Absoluto, entendido como “legibus solutus”, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo*”¹¹, compondo, em conjunto embora não constante, a estrutura do Estado Absenteísta.

⁹ vide item 1.1.2.4. A teoria da tripartição dos poderes representa uma preocupação com as funções que ao Estado competem e como elas se relacionam entre si (funções executivas, legislativas e judiciais). A teoria do Estado fraco tem por preocupação a qualidade que o poder político possui, ou seja, a maior ou menor capacidade do Estado de intervir soberanamente nas relações entre indivíduos.

¹⁰ “A expressão *rechtsstaat* (Estado de direito) aparece pela primeira vez na obra de Robert Von Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, publicada em 1832-1833*”. (DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Edicusa, 1979. p.29) Cumprе esclarecer, a partir desta citação de Elías Díaz, que a tradução ora apresentada, bem como as que se seguirão de textos originais, são de inteira responsabilidade do autor desta dissertação. “A expressão *Estado de direito* é tradução literal da palavra composta alemã *rechtsstaat*, que significa o oposto de *polizeistaat* - Estado polícia, o Estado da época do absolutismo”. (SAMPAIO, Nelson de Souza. Estado de Direito. Conceito e Características. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano IX, n. 45-46. p.7)

¹¹ “*Ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente*”. (BOBBIO, Norberto. ob. cit. p.17-8)

1.1.1.3. Os Postulados Jurídicos da Redução do Estado

Envolvendo duas ordens de redução, o Estado Absenteísta se assenta, por sua vez, sobre dois postulados jurídicos: de um lado, a separação entre o direito público e o direito privado, cada um deles com a sua esfera de aplicação bem diferenciada, de maneira a aprisionar as questões econômicas e as questões sociais¹² no direito privado¹³, e, de outro lado, o predomínio da iniciativa privada em face dessas mesmas questões, sob a égide do princípio da autonomia da vontade. Ambos os postulados jurídicos, respectivamente, relativos ao Estado de direito e ao Estado mínimo.

Quanto ao primeiro postulado jurídico, que também alicerça a teoria do primado do direito privado sobre o direito público, interessa ressaltar a concepção liberal de direito público¹⁴, cuja configuração o sujeita a uma esfera de assuntos de que participa tão somente o problema do poder político, ou melhor, o problema do enfraquecimento do poder do Estado em face do indivíduo. Com efeito,

¹² Em que pese também identificar o Estado Absenteísta, em outro contexto de análise e já desde o século passado, a supremacia do econômico sobre o social, na famosa oposição entre os princípios individualistas do Código de Napoleão e os princípios sociais da encíclica “*Rerum Novarum*”, para os propósitos desta dissertação, ambas as esferas referidas serão analisadas em conjunto e em contraposição à esfera do político. Trata-se, assim, de uma dentre as possíveis configurações ideais do Estado Absenteísta.

¹³ Conforme a lição de Norberto Bobbio, “*a inviolabilidade da propriedade, que compreende todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público, torna-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode então ser definida como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público*”. (*Estado, Governo e Sociedade*. trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p.23-4)

¹⁴ “*No Estado Absenteísta, o problema do poder situa-se no campo estrito do direito, e é menos o estudo de suas funções do que o de seus limites ou limitações*”. (REALE, Miguel. *Política de Ontem e de Hoje*. São Paulo: Saraiva, 1978. p.11)

consoante Luis Cabral de Moncada, “*o modelo jurídico do Estado Absenteísta restringe ao mínimo o direito público, delimitando a sua área de influência ao tratamento de questões que nada tem a ver com a atividade econômica e a atividade social*”¹⁵.

A bem da verdade, a base histórica da dicotomia direito público e direito privado remonta a um famoso trecho de Ulpiano, segundo o qual “*o direito público diz respeito ao estado da coisa romana - à “civitas” - e o direito privado à utilidade dos particulares*”¹⁶. Todavia, na doutrina liberal, “*a utilidade dos particulares*” (conteúdo do direito privado), que em Roma correspondia àquele espaço da vida do homem em que não havia a liberdade e sim a sujeição às imposições da natureza e a busca da satisfação das necessidades, se transforma no domínio moderno da liberdade individual, incidindo por sobre o econômico e o social.

A respeito do segundo postulado jurídico, não se deve subestimar que, em se destinando a disciplinar o limite das funções do Estado, fá-lo a doutrina liberal mediante a criação de uma esfera livre da intervenção estatal, ou seja, através do estabelecimento de um critério visível da liberdade do indivíduo diante do Estado. Dessa maneira, o lugar privilegiado para a manifestação da liberdade individual nas órbitas econômica e social passa a ser o mercado, que se configura como o princípio de limitação da esfera do político, estabelecendo nítida separação entre esta e as demais órbitas referidas.

André Brun e Henri Galland, ainda acerca do segundo postulado jurídico, ressaltam que, “*de acordo com a teoria da autonomia da vontade, a vontade individual é considerada soberana*

¹⁵ MONCADA, Luis Cabral de. Direito Económico. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1988, p.16

¹⁶ “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*” (Digesto, 1.1.1.2.)

para a criação de direitos e obrigações”. A autonomia da vontade, dessa forma, ao longo dos séculos XVIII e XIX, ensejou “*a crença cega no poder mágico dos contratos, que impregnou os códigos, a exemplo do “Code Napoléon de 1804”, e arrastou como consequência a abstenção do legislador na conclusão e execução dos contratos*”¹⁷. É o que ocorreu com o contrato de trabalho, reforçando a idéia do mercado enquanto espaço de liberdade em face da ação do Estado.

1.1.1.4. O Estado de Direito

O Estado de direito¹⁸ se estabelece como o oposto do Estado polícia¹⁹, o Estado da época do absolutismo, que não conhecia nos direitos individuais um mecanismo de enfraquecimento do seu poder. É da sua essência a redução do poder do Estado pelo direito, expresso através da lei, de modo que tanto aquele que o titulariza (o soberano) quanto aquele que se lhe submete (o súdito) são os seus destinatários e encontram nele a justificação racional da relação de mando e de sujeição. Daí porque, segundo Juan Vallet Goytisolo, “*o Estado de direito é o constituído por uma soma de indivíduos, com uma*

¹⁷ BRUN, André. GALLAND, Henri. Droit du Travail. Les Rapports Individuels de Travail. t. I. Paris: Sirey, 1978. p.11. Carlos Alberto da Mota Pinto esclarece que “*a autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas*”. (Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1991. p.89)

¹⁸ Nesta dissertação, Estado de direito é sinônimo de Estado fraco, ou ainda, se se quiser, Estado de poderes fracos

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1977. p.80

*lei geral de liberdade. Nesta concepção, conseqüentemente, o soberano está também submetido à lei, porque mesmo ele é um indivíduo*²⁰.

Da noção proposta, que é uma noção clássica, infere-se que o Estado de direito é aquele que reconhece os direitos individuais e os observa, mesmo porque são os direitos individuais, positivamente falando, por ele mesmo instituídos. Dessa forma, o Estado cria, através do direito, um contínuo processo de auto-redução do poder e, como decorrência necessária, também de legitimação social²¹. Conforme acentua Hermann Heller, *“todo poder estatal, por necessidade existencial, tem que aspirar a ser poder jurídico; mas isto significa não somente atuar como poder em sentido técnico-jurídico, mas valer como autoridade legítima que obriga moralmente a vontade*”²²

O império da lei constitui, portanto, a nota primária e fundamental do Estado de direito. Todavia, conforme acentua Elías Díaz, *“não há verdadeiro Estado de direito se a lei não é expressão da vontade geral*”²³. Exatamente por esta circunstância, que denota a distinta origem histórica da democracia e do liberalismo²⁴, assevera o

²⁰ *“O Estado de direito se idealizou como uma forma jurídico-política para uma realidade individualista, burguesa e carente de massas. Em câmbio, a linha rousseauiana de democracia conduziu a outro resultado: o Estado de direito é a forma e a democracia o seu conteúdo. À vontade escrita fixa da lei sucede a vontade viva de um imperante (de um caudilho ou de uma massa), pois uma comunidade política não é integrada por normas, senão por atos de vontade”* (GOYTISOLO, Juan Vallet. Estado de Derecho. In: O Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.117)

²¹ De acordo com Francisco Ayala, *“no direito, o puro ato técnico da dominação do homem pelo homem acaba coonestado, ingressando na esfera dos valores espirituais: o direito legitima o poder enquanto o organiza segundo critérios de justiça. Assim, os princípios de legitimação do poder aparecem funcionando ao mesmo tempo como princípios imediatos da organização do direito”*. (Tratado de Sociología. t. II. Buenos Aires: Losada, 1947. p.420)

²² HELLER, Hermann. ob. cit. p.261

²³ DÍAZ, Elías. ob. cit. p.29

²⁴ A respeito do conceito de democracia do século XIX, alerta Luciano Gruppi que *“a corrente democrática, que se afirmou na Revolução Francesa com Robespierre, na verdade foi derrotada na história da Europa. Neste continente, após as décadas de 1860 e 1870, ter-se-ão regimes liberais; ter-se-á uma fusão de liberalismo e*

autor que “o Estado Absenteísta não cumpre senão parcial e formalmente essa nota (a lei, mais do que expressão da vontade geral, é expressão da vontade da burguesia)”²⁵. Isto é certo, e é o que lhe justificará a crise e a emergência do Estado social de direito.

1.1.1.5. O Estado Mínimo

O predomínio da iniciativa privada nas órbitas econômica e social, sob o pálio do princípio da autonomia da vontade, se compadece da função que ao Estado a doutrina liberal atribui, qual seja: a de criar as condições propícias para que a vontade individual possa exercer-se plenamente. São essas condições propícias que determinam a emergência do mercado, cujas regras restritivas do exercício da vontade individual se justificam tão só em razão do resguardo do exercício da vontade dos demais indivíduos.

Assim, as funções do Estado se limitam às ações de proteção e de promoção da liberdade de iniciativa individual, pois, como adverte Pierre Rosanvallon, “desde o século XVIII, os teóricos do liberalismo ensinam que o mercado funciona como o princípio de auto-regulação da esfera econômica. É porque existe uma tal ordem natural que a intervenção do Estado é inútil”. Os limites impostos às funções do Estado, portanto, “resgatam a fronteira entre o econômico (e o social, de um lado) e o político (de outro lado)”²⁶.

democracia, isto é, uma ampliação do sufrágio universal e da igualdade jurídica. Uma mistura de liberalismo e democracia que, no entanto, reafirma sempre o direito da propriedade, tutela sempre a iniciativa econômica e o desenvolvimento capitalista”. (Tudo Começou com Maquiável. As Concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. trad: Dario Canali. São Paulo: L&PM, 1987. p.22-3)

²⁵ DÍAZ, Elías. ob. cit. p.31

²⁶ ROSANVALLON, Pierre. La Crise de L’Etat-Providence. Paris: Éditions du Seuil, 1992. p.63

O que significa dizer que, por via transversa, em se prevendo as funções que ao Estado compete, aqui entendido como Estado mínimo²⁷, igualmente se definem aquelas que não lhe são destinadas. E as funções que lhe cabem, segundo a doutrina liberal, são: a atividade legislativa, a defesa da sociedade contra os inimigos externos, a proteção, inclusive judicial, de todo indivíduo contra as ofensas que a ele possam dirigir os outros indivíduos e o provimento das obras públicas que não podem ser executadas se confiadas à iniciativa privada²⁸. Tudo o mais, notadamente de natureza econômica, aos indivíduos compete realizar, em regime de mercado

1.1.2.1. A Constituição Liberal

A noção de Constituição Liberal²⁹ se coloca historicamente como suporte jurídico de uma nova concepção de Estado, o Estado Absenteísta, que se impôs duramente ao Estado Absoluto. De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, uma das principais causas do aparecimento da Constituição Liberal “foi a necessidade de se estabelecerem limitações (reduções) objetivas e permanentes à ação do Estado”³⁰, em consonância com a concepção de que, sendo o Estado um mal, embora necessário, deve ele intrometer-se o menos possível na esfera de ação dos indivíduos. Trata-se aqui de uma clara oposição

²⁷ Nesta dissertação, Estado mínimo é sinônimo de Estado limitado, ou ainda, se se quiser, Estado de funções limitadas.

²⁸ BOBBIO, Norberto. ob. cit. p.23

²⁹ “O conceito de Constituição confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha no século passado e nos três primeiros lustros deste século foi triunfal. Ou pela derrubada dos tronos, ou pela outorga dos monarcas, um a um, todos os Estados europeia, salvo a Rússia, adotaram Constituição”. (FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1982. p.15)

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e Constituinte. São Paulo: Saraiva, 1982. p.61

jurídica ao Estado Leviatã (o crocodilo), tal qual presente este modelo estatal no pensamento de Thomas Hobbes³¹.

Um importante parâmetro jurídico desta nova concepção estatal é a Constituição Francesa de 1791³², a primeira Constituição tipicamente Liberal, que reúne os textos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e as leis orgânicas dos poderes do Estado votadas desde 1789 pela Assembléia Nacional Constituinte. A sua maior característica reside na ênfase conferida ao individualismo, tanto no campo político, quanto no campo socio-econômico. E isso porque, segundo a ensinança de Luis Sanchez Agesta, “*o Estado francês (resultante da revolução de 1789) foi administrativo, porém não social; assumiu a realização de tarefas de um interesse público individual, porém não limitou a propriedade privada nem a liberdade individual em razão dos fins coletivos de interesse público*”³³.

1.1.2.2. As Razões e a Estrutura da Constituição Liberal

Diante dos propósitos a que se destina a Constituição Liberal, notadamente voltados ao enfraquecimento dos poderes e à limitação das funções do Estado, com vistas à conformação

³¹ Segundo Renato Janine Ribeiro, “*o Leviatã (o crocodilo) e o Behemoth (o hipopótamo) são dois monstros bíblicos referidos no Livro de Jó. O primeiro representa, para Hobbes, o poder absoluto do Estado, garantia de paz; enquanto Behemoth ou o Longo Parlamento é o monstro indomável da guerra civil*”. (A Marca do Leviatã. Linguagem e Poder em Hobbes. São Paulo: Ática, 1978. p.13)

³² Para Marcelo Caetano, “*na elaboração da Constituição de 1791, notam-se: a influência ideológica de Montesquieu (separação de poderes) e de Rousseau (soberania popular); a influência da Revolução Americana, sobretudo na declaração de direitos; e a influência inglesa, quanto à concepção de uma monarquia constitucional*”. De acordo ainda com o autor, “*a Constituição de 1791 foi uma simples transação entre os revolucionários e os tradicionalistas, num momento de passageiro equilíbrio de forças*”. (Direito Constitucional. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.127)

³³ AGESTA, Luis Sanchez. Curso de Derecho Constitucional. Granada: Ventura Hita, 1948. p.166

jurídica do absenteísmo estatal e ao conseqüente resguardo da liberdade de iniciativa dos indivíduos, dentre muitas outras, pelo menos no pensamento de John Stuart Mill³⁴, três são as razões que lhe justificam:

1. há coisas mais adequadas a serem feitas pelos indivíduos do que pelo Estado. Em regra, ninguém está mais em condições de conduzir a celebração e a execução de um negócio do que os direta e pessoalmente interessados nos seus resultados;

2. há muitos casos nos quais, embora os indivíduos, em regra, não possam fazer a coisa em apreço tão bem quanto o Estado, é, entretanto, desejável que seja feita por eles, como um meio para a sua educação e formação; e

3. toda a função que se acrescente às já exercidas pelo Estado difunde mais largamente a influência deste sobre as esperanças e os temores, e converte, cada vez mais, a parte mais ativa e ambiciosa do público em pingentes do Estado, ou de algum partido que visa tornar-se governo.

Em conformidade com as expendidas razões da Constituição Liberal, idealmente empenhadas no aperfeiçoamento individual, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagrou-lhe, em seu artigo 16, a seguinte fórmula estrutural: *“toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição”*. Dessa maneira, na fórmula epigrafada, é possível encontrar as duas áreas de disciplinamento constitucional, traçadas pela doutrina liberal, que lhe

³⁴ *“O Estado que amesquinha os seus homens, a fim de que sejam instrumentos mais dóceis nas suas mãos, ainda que para propósitos benéficos, descobrirá que com homens pequenos nada grande se pode fazer realmente; e que a perfeição do maquinário a que sacrificou tudo não lhe aproveitará, no fim, nada, por carência da força vital que, para a máquina poder trabalhar mais suavemente, ele preferiu proscrever”*. (MILL. John Stuart. Sobre a Liberdade. trad.: Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. p.152-3 e 158)

delimitam, por óbvio, a noção de Constituição: 1. a declaração de direitos, e de direitos exclusivamente individuais; e 2. o regramento do poder, e tão só do poder político³⁵.

E, ao mesmo tempo, estabelecem-se os meios de se impor juridicamente tanto o Estado de direito, enquanto Estado fraco, quanto o Estado mínimo, enquanto Estado limitado. A fraqueza dos poderes do Estado, de acordo com a doutrina liberal, se alcança juridicamente através da declaração de direitos individuais: a uma, pela sua necessária observância por parte do Estado; a duas, pela impossibilidade de o Estado prever-lhe direitos outros que não direitos negativos. A limitação das funções do Estado, também segundo a doutrina liberal, juridicamente se impõe mediante o regramento do poder político, em cuja preocupação excludente não se fazem presentes nem as questões sociais nem as questões econômicas.

É nesse sentido, resultante dos elementos estruturais da Constituição Liberal, que se pode afirmar nela não existir um regramento jurídico-político da economia e do social, mas, ao contrário, um completo alheamento. Razão por que José Joaquim Gomes Canotilho, em identificando tais ausências, acentua que “*a Constituição Liberal preocupa-se com a função de ordem de uma*

³⁵ É de se ver que o poder político se constitui em uma das formas de manifestação do poder, conforme ensina Cesar Luiz Pasold. (Função Social do Estado Contemporâneo. Florianópolis: Estudantil, 1988. p.52-3). Também ensina Norberto Bobbio que, “*uma vez reduzido o conceito de Estado ao de política e o conceito de política ao de poder, o problema a ser resolvido torna-se o de diferenciar o poder político de todas as outras formas que pode assumir a relação de poder*”. (...) Assim, “*o poder econômico é aquele que se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a adotar um certa conduta, consistente principalmente na execução de um trabalho útil*”. (...) “*O poder ideológico é aquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas de informações, ou de códigos de conduta, para exercer uma certa influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação*”. (Estado, Governo e Sociedade. cit. p.78 e 82)

Constituição, ou seja, com a fixação das regras do jogo reguladoras do desenvolvimento do processo político”³⁶. Operando tão somente nessa linha, a Constituição Liberal abstém-se de enfrentar os problemas da economia e os problemas sociais, eis que estes problemas são deixados para se regularem, do ponto de vista da ideologia que a inspira, “*por ação de uma mão invisível*”³⁷, reforçando assim a concepção individualista de “*quanto menos Estado, melhor*”.

1.1.2.3. A Declaração de Direitos

A declaração de direitos, em se constituindo no expreso reconhecimento de direitos ao indivíduo em face do Estado, somente se concretizou, com esses contornos, no final do século XVIII, apoiando-se nos pressupostos de um imaginário estado de natureza e na constituição de um contrato social³⁸ que lhe sucede. Acerca desses pressupostos, assevera Paolo Biscaretti di Ruffia que, “*estabelecido o contrato social, restaram do estado de natureza ao indivíduo os resíduos mais essenciais da ilimitada liberdade preexistente*”³⁹. O que, também do ponto de vista ideológico, permitiu fossem transformados esses resíduos de liberdade em verdadeiros direitos, superiores aos

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p.81

³⁷ MOREIRA, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo. Coimbra: Centelha, 1978. p.39

³⁸ “*O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar; o que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano a respeito dessas compensações, importa distinguir entre a liberdade natural, que tem por limites apenas as forças do indivíduo, e a liberdade civil, que é limitada pela vontade geral, e ainda entre a posse, que não passa do efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, e a propriedade, que só pode fundar-se num título positivo*”. (ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social. trad.: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p.24)

³⁹ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Direito Constitucional. trad.: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p.517

poderes do Estado, inclusive porque anteriores no tempo. Para José Pedro Galvão de Souza, *“a idéia de que o Estado não cria autonomamente o direito, mas o reconhece, a ele se submetendo ou sancionando um direito preexistente na sociedade, é essencial na concepção do Estado de direito”*⁴⁰.

Como se observa, da maneira como se pôs na história⁴¹, a Declaração de Direitos originalmente restringe o seu elenco normativo aos chamados direitos negativos, ou seja, aos direitos individuais, que pressupõem ou postulam uma abstenção por parte do Estado⁴²; podendo-se dizer, nessa perspectiva, como corolário, que a liberdade do indivíduo é mais garantida quanto mais reduzida é a capacidade de intervenção do Estado, inclusive quanto mais fraca é a sua capacidade legislativa de criar deveres. E, “a contrario sensu”, quanto mais poder ao Estado se confere, menos liberdade possui o indivíduo.

Em análise crítica dos chamados direitos negativos, ou ainda, dos direitos individuais, Elías Díaz afirma que *“o liberalismo clássico, com seu fundo individualista, constitui insuficiente garantia para a realização e proteção dos direitos e liberdades de todos os indivíduos. Na ideologia do Estado Absenteísta, os direitos do homem se identificam, sobretudo, com os direitos da burguesia, direitos que só de maneira formal e parcial se concedem também aos indivíduos das classes inferiores”*⁴³. Eis porque, segundo Segadas Vianna, *“em nome do valor liberdade, que não podia sofrer quaisquer restrições sob o pretexto da autonomia contratual, abstinha-se o*

⁴⁰ SOUZA, José Pedro Galvão de. Da Representação Política. São Paulo: Saraiva, 1971. p.36

⁴¹ Reconhece José Joaquim Gomes Canotilho que a declaração de direitos *“historicamente cria uma esfera própria e autônoma dos indivíduos, que fica fora do ataque legítimo do Estado e contra o Estado pode ser defendida”*. (ob. cit. p.99)

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p.81

⁴³ DÍAZ, Elías. ob. cit. p.39

*legislador de tomar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica*⁴⁴.

Por isso que se pode afirmar a fraqueza do Estado Absenteísta, reduzida que esta a sua competência à instituição e à observância dos direitos individuais, e cujos poderes não se exercem, como irão fazê-lo através dos direitos sociais, a ponto de conferir a certos indivíduos o dever de prestações positivas em favor de outros indivíduos, em regra em situação social e econômica desfavorável⁴⁵.

1.1.2.4. O Regramento do Poder

Através do regramento do poder político, obtido mediante a divisão dos poderes vislumbrada por Aristóteles, delineada por John Locke e teorizada definitivamente por Montesquieu⁴⁶, que não se confunde com a até agora analisada teoria do

⁴⁴ VIANNA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. v. I. São Paulo: LTr, 1995. p.37

⁴⁵ Um exemplo da regra da situação individual, econômica e socialmente desfavorável, é dado pelo direito do trabalho, que confere ao empregador o dever de realizar uma série de prestações positivas em favor do empregado. Um exemplo, de que o indivíduo favorecido pela prestação positiva imposta pelo Estado não se encontra em situação social e econômica necessariamente desfavorável, é dado pelo direito civil, quando do trato da relação entre consumidor e fornecedor. Também o direito do trabalho pode comportar tal hipótese, que se constituirá em exceção à regra.

⁴⁶ *“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chama-se este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. (...) Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado estabeleça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse*

Estado fraco⁴⁷, o Estado Absenteísta se sujeita a reconhecer nas órbitas da economia e do social um espaço isento da sua intervenção, o que lhe confere uma expressa limitação, de maneira a se identificar a partir daí “funções próprias” do Estado e “funções estatais impróprias”.

No Estado Absenteísta, o máximo de liberdade com a limitação das funções estatais é a fórmula paradigmática. A sociedade civil resta concebida como um aglomerado de indivíduos, cujas liberdades devem coexistir com aquele mínimo de intervenção estatal, de modo que os negócios privados fluam ao sabor do mercado⁴⁸. Com efeito, de acordo com Norberto Bobbio, “quando a sociedade civil, sob a forma de sociedade de livre mercado, avança a pretensão de restringir os poderes do Estado ao mínimo necessário, o Estado como mal necessário assume a figura do Estado mínimo (Estado de funções limitadas), figura que se torna o denominador comum de todas as maiores expressões do pensamento liberal”⁴⁹.

ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”. (MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. trad.: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.148-9)

⁴⁷ Em verdade, a teoria do Estado fraco, quando se refere aos poderes, quer tratar da capacidade que ao Estado se confere para realizar as suas funções, pretendendo vê-la o mais reduzida possível (em regra, circunscrita à previsão e defesa dos chamados direitos negativos). Já a teoria da divisão dos poderes possui outro fim; pretende tratar dos poderes em sentido de estrutura, enquanto elementos integrantes do poder político. Aqui, aliás, se assenta a nota distintiva: a teoria da divisão dos poderes representa uma preocupação com as funções que ao Estado competem e como elas se relacionam entre si, e não uma preocupação com a qualidade que possui o poder político, que é a preocupação da teoria do Estado fraco.

⁴⁸ Cumpre assentar com Ricardo Antoncich, para evitar maniqueísmos, que “existem valorizações positivas do mercado, sobretudo quando se refere aos intercâmbios de produtos e de bens”. Assim, se a livre concorrência, dentro de certos limites, é justa e benéfica, não pode ela, entretanto, gerir a economia, “como ficou suficientemente demonstrado pela experiência, uma vez que entraram em jogo os princípios do funesto individualismo”. (Trabalho e Liberdade. A Teologia da Libertação e a Laborem Exercens. trad.: José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1989. p.117)

⁴⁹ “Ninguém mais incisivamente do que Thomas Paine expressou a exigência da qual nasce a idéia do Estado mínimo. Justamente no início de *Senso Comum* escreve: a sociedade é produzida por nossas necessidades e o governo por nossa perversidade; a primeira promove a nossa felicidade positivamente mantendo

1.1.3. O Valor Liberdade

Diante das considerações expendidas, é fácil compreender que a noção de Estado de direito, em se apegando a uma visão tímida do direito público, que se cinge basicamente ao disciplinamento do enfraquecimento dos poderes do Estado em face do indivíduo⁵⁰, não pode permitir ao Estado um mais profundo envolvimento com as questões social e econômica. E tal configuração se torna ainda mais característica do Estado Absenteísta, enquanto Estado reduzido, na medida em que o livre jogo das forças econômicas, protegido pela noção de Estado mínimo, em que se ressalta o princípio da autonomia da vontade, encontra no mercado o limite das funções do Estado, restringindo-lhe a dimensão interventora.

Assim, a liberdade do indivíduo, enquanto valor maior do Estado Absenteísta, acaba sendo definida como liberdade fora do Estado, diferentemente da concepção dos antigos, em que a liberdade era definida dentro do conceito de Estado (“civitas”, enquanto âmbito do exercício da liberdade, e “cives”, enquanto “status” de emancipação)⁵¹. Em consequência, tanto o enfraquecimento dos poderes do Estado quanto a limitação das suas funções resultam por ser

juntos os nossos afetos, o segundo negativamente mantendo sob freio os nossos vícios. Uma encoraja as relações, o outro cria as distinções. A primeira protege, o segundo pune. A sociedade é sob qualquer condição uma dádiva; o governo, inclusive na sua melhor forma, nada mais é que um mal necessário, e na sua pior forma é insuportável”. (BOBBIO, Norberto. Estado, Direito e Sociedade. cit. p.129-30)

⁵⁰ *“É no Estado de direito que o ordenamento jurídico assume posição central, é nele que os poderes se investem de sentido jurídico, é nele que a lei se torna modo por excelência de comando normativo”. (SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.18)*

⁵¹ *“O objetivo dos antigos - escreve Benjamin Constant - era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições”. (BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. cit. p.8)*

medidas inversamente proporcionais ao alargamento da esfera de liberdade individual. Com o que fica patente, nos contornos do pensamento liberal clássico, o consciente desmerecimento do ideal de igualdade, mais arraigado a uma dimensão social⁵².

Cumprido esclarecer, entretanto, que a sobreposição do valor liberdade diante do valor igualdade decorre de manifesta opção política do Estado Absenteísta por uma postura mais individual e menos social, e não da “natureza das coisas”, posto que não há, em essência, incompatibilidade entre as questões econômica e social e o valor liberdade. A respeito mais especificamente da questão social, em que se ressalta a relação trabalhador/empregador, e cujo maior aprofundamento se verificará no subcapítulo seguinte, alerta Ricardo Antoncich que, *“se o trabalho realiza o ser humano, faz com que ele cresça e se desenvolva, a liberdade o constitui intimamente como pessoa, como sujeito responsável pelas múltiplas relações que o eu estabelece com o mundo que o rodeia”*. Enfim, o trabalho e a liberdade *“não são duas perspectivas opostas entre si ou desligadas uma da outra; (em verdade) complementam-se”*⁵³

A Constituição Liberal apresenta em sua estrutura, como informação cara a esta dissertação, além do caráter restrito do regramento do poder, que se resume à tripartição do poder político, a dimensão individualista da sua declaração de direitos, restrita aos chamados direitos negativos, e cuja derrocada resultará, como se verá na sequência, por exemplo, na emergência dos direitos relativos ao

⁵² Consoante adianta Segadas Vianna, *“essa proteção do individual teria, fatalmente, de se chocar com os próprios interesses do Estado, em face da existência de conflitos que agitavam a sociedade”*. (ob. cit. p.37)

⁵³ *“De certa forma, se pode dizer que o trabalho só é humano quando nasce da liberdade e a desenvolve; e que ela, por sua vez, só é humana quando orienta a atividade ou trabalho do homem para as múltiplas relações que enriquecem seu ser pessoal”*. (ANTONCICH, Ricardo. ob. cit. p.11-2)

trabalho. A partir daí, então, amparado no fortalecimento dos poderes do Estado, se poderá falar também dos direitos que não se conformam com a mera abstinência estatal, mas, muito ao contrário, exigem-lhe postura de efetiva ação: os direitos sociais.

1.2. O ESTADO INTERVENCIONISTA E A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

1.2.1.1. O Estado Intervencionista

O Estado Intervencionista não se constitui em fenômeno histórico recente, eis que desde sempre houve formas de intervenção por parte do Estado, inclusive na órbita da economia e na órbita social, muito embora quantitativa e qualitativamente diferentes. Luis Cabral de Moncada, em conformidade com esta constatação, assevera que, “quando do Estado Absenteísta, a maioria das normas interventoras anteriores às atuais assumia nítido caráter proibitivo e repressivo”⁵⁴, sendo que as atuais normas interventoras possuem manifesto caráter impositivo e promocional, mais próprio a efetuar certas prestações positivas no campo social e econômico.

Não deixa por isso de ter importância, enquanto “significação imaginária” de uma sociedade seduzida pela doutrina liberal, a assertiva de que a razão do Estado e a razão social e econômica sempre foram diferentes. Desde que se aceite, juntamente com a preleção de Hermann Heller, que “todo Estado, inclusive o próprio Estado capitalista, por força de sua função necessária, tem que utilizar a economia como meio para a sua ação peculiar. E, por esse motivo de caráter existencial, todo Estado tem que restringir os processos de câmbio do tráfico econômico e limitar ou eliminar (em certas hipóteses) a livre concorrência”⁵⁵.

⁵⁴ MONCADA, Luis Cabral de. ob. cit. p.15

⁵⁵ HELLER, Hermann. ob. cit. p.257. Boaventura de Souza Santos, por sua vez, lembra, ainda, que “a separação entre o político e o econômico (e o social) permitiu, por um lado, a naturalização da exploração econômica capitalista, e, por outro, a neutralização do potencial revolucionário da política liberal, dois processos que convergiram para a consolidação do modelo capitalista das

Se é correta a afirmação de que o Estado Intervencionista desponta muito mais presente nas órbitas econômica e social que o antecedente Estado Absenteísta, não se pode concluir com isso a negação da doutrina liberal. Explica Vital Moreira que, *“reconhecida definitivamente a incapacidade da economia para se regular a si mesma, para absorver ou neutralizar os conflitos que a dilaceram”*⁵⁶, é ao Estado que se confere o papel de principal responsável pela minoração da crise social. Dessa forma, o que ocorre é a reformulação das estratégias de ação estatal em uma sociedade que persiste capitalista. Para Miguel Reale, a doutrina liberal, *“como doutrina do Estado reduzido a simples árbitro das competições econômicas, e destinado a garantir aos vencedores os frutos de uma luta socialmente desigual, pode ser considerado uma página necessária, mas definitivamente superada na evolução histórica”*⁵⁷.

Assim, o que irá distinguir o Estado Intervencionista do modelo estatal antecedente é o empenho na instauração de uma sociedade mais autônoma, mediante o compromisso que passa a ter com o ideal de igualdade. Opor aqui indivíduo e sociedade, autonomia do indivíduo e autonomia social, segundo Cornélius Castoriadis, *“constitui grosseira falácia, pois, ao falar em indivíduo, há a preocupação com uma vertente da instituição social e, ao falar de instituição social, preocupa-se com algo cujo único portador efetivo, eficaz e concreto é a coletividade de indivíduos”*⁵⁸

relações sociais”. (Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade. São Paulo: Cortez, 1995. p.122)

⁵⁶ MOREIRA, Vital. ob. cit. p.55-6

⁵⁷ REALE, Miguel. Estruturas Jurídico-Políticas Contemporâneas. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano IV, n. 13. p.149

⁵⁸ CASTORIADIS, Cornélius. Natureza e Validade da Igualdade. In: Encruzilhadas do Labirinto II. Domínios do Homem. trad.: José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.325

1.2.1.2. A Nova Concepção do Estado de Direito: O Estado Social de Direito

O Estado de direito, na fase intervencionista, torna-se permeável a conteúdos socio-econômicos, que alteram o seu entendimento original. O conceito de Estado de direito, para Luis Cabral de Moncada, reveste-se, assim, *“de natureza positiva, no sentido de passar a incorporar uma ação estatal que não é apenas subsidiária, mas conformadora do modelo socio-econômico”*⁵⁹. De mero Estado de direito, passa-se a falar de Estado social de direito, eis que se supera a concepção liberal reduzida ao reconhecimento de direitos individuais e à observância do direito instituído e se fortalece a competência estatal mediante um extenso conjunto de medidas capazes de conformar o *“status quo”* econômico e social⁶⁰.

Pablo Lucas Verdú esclarece que *“o qualificativo social quer fazer referência à correção do individualismo clássico liberal, através de uma afirmação dos direitos sociais e de uma realização de objetivos de justiça social”*⁶¹. O que é referendado por Ernst Forsthoff quando assenta que *“não basta ao Estado assegurar a liberdade individual, porque isto implica um Estado que se autolimita, deixando o indivíduo jogado à própria sorte; é preciso que haja participação, a qual supõe um Estado que ajuda, reparte, distribui e adjudica, que não abandona o indivíduo em sua situação social, mas que corre em sua ajuda, mediante efetiva ação”*⁶².

⁵⁹ MONCADA, Luis Cabral de. ob. cit. p.27

⁶⁰ MONCADA, Luis Cabral de. ob. cit. p.88

⁶¹ VERDÚ, Pablo Lucas. Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho. Salamanca: Acta, 1955. p.70

⁶² apud: BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1992. p.13. Ainda segundo Ernst Forsthoff, *“a sociedade industrial, apesar de todas as demonstradas capacidades de auto-ordenação, não pode prescindir do Estado. Dele necessita para a política*

Mesmo o postulado jurídico que classicamente é consentâneo ao Estado de direito, relativo à separação entre o direito público e o direito privado, se recoloca em outros termos diante do Estado social de direito. Eis que, além de se assentar a teoria do primado do direito público sobre o direito privado⁶³, consoante Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*rompe-se com essa nova concepção de Estado a postura individualista e abstrata antecedente, o primado da liberdade no sentido negativo e a presença da segurança meramente formal*”⁶⁴. Em outra oportunidade, o autor destaca:

a) na tradição do Estado protetor e repressor, o jurista, encarando o direito como um conjunto de regras dadas com função negativa, tende a assumir o papel conservador daquelas regras que ele, então, sistematiza e interpreta;

b) já na nova situação do Estado promocional, o jurista, encarando o direito também como um conjunto de regras, mas

exterior, para a função jurisdicional, para a manutenção da seguridade e da ordem pública. A sociedade industrial deixa ao Estado ampla margem de ação em âmbitos que para ela não possuem especial relevância e importância, tais como a política cultural. (...) Acima de tudo, o Estado é imprescindível para promover aqueles que não podem encontrar comodidade dentro do âmbito funcional da sociedade industrial: inválidos, enfermos, velhos e crianças, e também aqueles que, por razões extra-econômicas, tão importantes no mundo moderno, não podem ser articulados ativamente na sociedade industrial”. (Sociedad Industrial y Administracion Publica. trad.: Celestino Fernández de La Vega. Madrid: ENAP, 1967. p.68)

⁶³ De acordo com Norberto Bobbio, “*o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação que fora uma das consequências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia da classe burguesa. (...) O primado do público sobre o privado é interpretado como primado da política sobre a economia, ou seja, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal*”. (Estado, Governo e Sociedade. cit. p.25-6)

⁶⁴ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. Modelo de Estado. Seminário Revisão Constitucional. São Paulo: Centro de Estudos da PGE/SP, 1994. p.29

em vista de uma função implementadora de comportamentos, tende a assumir um papel modificador e criador⁶⁵.

1.2.1.2.1. A Reavaliação da “Summa Divisio”

A restrição do direito público ao tratamento de questões das quais não participam o econômico e o social, em consequência, se torna coisa do passado, exigindo da ciência do direito uma reavaliação da “summa divisio”, de maneira a dar conta dos novos ramos do direito que a intervenção estatal inaugura. Dentre estes novos ramos do direito, de dimensão acentuadamente social, é de se ressaltar o direito do trabalho, objeto preciso desta dissertação, que, ao invés de se inspirar em um propósito de liberdade formal, próprio do liberalismo clássico, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial ao trabalhador em situação de subordinação jurídica⁶⁶.

Interessante registrar, em reavaliação da “summa divisio”, que, para Jean Rivero e Jean Savatier, “*o direito do trabalho arrebenta a distinção entre o direito público e o direito privado, não se inserindo adequadamente nem em uma, nem em outra das medidas*”⁶⁷. O que significa afirmar as dificuldades da doutrina tradicional para qualificá-lo. Entretanto, de acordo com certo sentido dado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o direito do trabalho pode inclusive alçar o “status” de ramo especializado do direito público,

⁶⁵ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. Apresentação. In: Norberto Bobbio. Teoria do Ordenamento Jurídico. trad.: Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis, 1989. p.15-6

⁶⁶ RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. trad.: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993. p.28

⁶⁷ RIVERO, Jean. SAVATIER, Jean. Droit du Travail. Paris: Presses Universitaires de France, 1978. p.13

adquirindo a correspondente natureza jurídica de direito público, não obstante discipline relações entre indivíduos na órbita social⁶⁸.

O que encontra a oposição de Orlando Gomes, quando sustenta que *“muito vinho novo tem enchido os velhos odres do direito. E essa renovação do conteúdo, com persistência do continente, processa-se, especialmente, nos institutos básicos do civilismo, como o contrato”*⁶⁹. O que resulta concluir, nessa segunda concepção, que o direito do trabalho nada mais é do que uma especialização do direito das obrigações, mantendo o mesmo “status” e permanecendo com a natureza jurídica de direito privado, muito embora apartado dos princípios do individualismo liberal.

1.2.1.3. A Reformulação do Estado Mínimo

Da mesma forma que se procedeu à superação da noção liberal de Estado de direito, a defesa do Estado mínimo cede lugar à ampla discussão acerca das funções que ao Estado competia e compete, impondo a fragilização do “tabu” mercado, enquanto espaço estranho à intervenção do Estado. Cumpre dizer que, historicamente, essa tendência se assenta na superação da redução das clássicas funções estatais de bloqueio, relativas à composição da ordem política (tidas por funções próprias), por funções modernas de legitimação das aspirações

⁶⁸ *“Em verdade, os Estados é que vacilam entre reconhecer-lhes (aos novos ramos do direito que a intervenção estatal inaugura) o novo caráter de direito público, ou manter-se o que tinha, ou, legislando com a mentalidade do século passado, deveria ter. Nas próprias legislações de agora há certa escala, desde os Estados que mantêm os velhos princípios de liberdade de contratar e de liberdade de propriedade, que a burguesia edificou, até aqueles em que o direito social é a parte mais profunda, mais íntima, mais básica, do direito constitucional”.* (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. p.99).

⁶⁹ GOMES, Orlando. A Crise do Direito. São Paulo: Max Limonad, 1955. p.8

e reivindicações sociais, mais relacionadas ao estabelecimento da ordem econômica e social (tidas por funções impróprias).

Não se deve subestimar, conforme previamente assentado, que desta intervenção se nutria e se nutre ainda hoje o próprio mercado⁷⁰, pois, como esclarece Modesto Carvalhosa, “a ingerência governamental no plano econômico e social torna-se fundamento indispensável ao equilíbrio e expansão do capitalismo industrial. O Estado se torna tutor e suporte da economia, agora sob conotação pública, na medida em que procura atender também os interesses da massa de trabalhadores e (embora em contexto distinto dos propósitos desta dissertação) de consumidores”⁷¹.

1.2.1.4. O Estado do Bem Estar Social

A ampliação das funções do Estado, com a superação das estreitas balizas propostas pelo mercado, somando-se a isso a reavaliação da noção de Estado de direito, com o conseqüente fortalecimento dos poderes estatais, permite que se analise o Estado Intervencionista sob um prisma que busca superar a contradição entre a liberdade política e a desigualdade social e econômica⁷²: o do Estado do

⁷⁰ “A adoção do regime intervencionista não opera a substituição do capitalismo pelo socialismo; o mercado subsiste, preservado, como mecanismo de coordenação do processo econômico, pois é justamente no clima de mercado que encontram as condições mais propícias de dinamização os dois valores juridicamente protegidos do capitalismo: a propriedade privada dos meios de produção e a liberdade de iniciativa econômica”. (GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.60-1) No mesmo sentido: PATRÍCIO, J. Simões. Curso de Direito Econômico. Lisboa: AAFDL, 1981. p.328

⁷¹ CARVALHOSA, Modesto. Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.100

⁷² Acerca da contradição entre a liberdade política e a desigualdade social e econômica, alerta Guillermo Cabanellas que “toda liberdade levada ao excesso produz, por sua vez, certa opressão. Somente se é livre quando todos os fatores de ordem social, política, econômica, religiosa, etc., concorrem a criar um verdadeiro sentimento de autonomia em todos os indivíduos, e não em uma parte

bem-estar-social⁷³. E é o que resulta, conseqüentemente, por imprimir ao Estado Intervencionista uma moderna configuração, não imune mais às questões econômicas e sociais, e identificá-lo como um novo modelo.

O Estado Intervencionista, muito embora ligado ao modelo de Estado que lhe antecedeu, notadamente no que se refere à doutrina liberal, apresenta-se como o modelo estatal em que, juntamente com o ideal de liberdade, se dá realce ao ideal de igualdade⁷⁴. Com efeito, somente no Estado Intervencionista não há incompatibilidade, mas implicação recíproca entre ambos os ideais. José Joaquim Calmon de Passos, a respeito, acentua que o Estado do bem-estar-social, *“para alguns, caracterizar-se-ia por privilegiar a sociedade em face do indivíduo (entendimento já criticado) e, para outros, por buscar compatibilizar o valor liberdade com o valor igualdade (entendimento adotado por esta dissertação), porfiando não só pela democratização do Estado, já obtida antes, mas também da sociedade, ainda não alcançada”*⁷⁵.

O que bem esclarece que o compromisso que o Estado passa a ter para com o ideal de igualdade não se confunde com

da sociedade”. (Tratado de Derecho Laboral, t. I. v. I. Buenos Aires: Heliata, 1987. p.330)

⁷³ “O termo “welfare state” entrou na língua inglesa no ano de 1914, para diferenciar o Estado britânico do tempo da guerra do Estado imperialista tedesco (warfare state). A sua definição, todavia, não é privada de ambigüidades, ainda que muitos escritores contemporâneos aceitem a idéia de que tal conceito implica responsabilidades por parte do Estado em face do bem estar de todos os cidadãos”. (CICCARONE, Giuseppe. Il Modello Britannico di Welfare State. In: II Conflito del Lavoro. coord. Renato Brunetta. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992. p.297)

⁷⁴ “O liberalismo da primeira fase, a serviço da burguesia industrial, não tinha olhos para enxergar com clareza os resultados decorrentes da transmutação por que passara, e por isso se considerou frustrado e derrotado naquele momento em que perdeu (...) o poder de (...) manter a ordem política distanciada da ordem econômica”. (BONAVIDES, Paulo. ob. cit. p.185-6)

⁷⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. A Constitucionalização dos Direitos Sociais. In: Noções Atuais de Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Professor Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1995. p.83

uma proposta de padronização social. Com isto concorda Dalmo de Abreu Dallari, quando, em análise dos teóricos do Estado do bem-estar-social, ressalta que *“este Estado, mais do que qualquer outro, assume responsabilidades no sentido de distribuição de bens materiais, proporcionando a todos os indivíduos pelo menos um padrão mínimo, abaixo do qual não se permitirá que qualquer um seja obrigado a viver. Além disso (do mínimo proporcionado), todos recebem estímulos para se elevarem acima desse patamar pelos seus próprios esforços”*⁷⁶.

1.2.2.1. A Constituição Econômica

Para a doutrina liberal, expressa juridicamente no modelo de Constituição Liberal, a economia e o social estavam completamente fora do domínio da política. Eis que, segundo Vital Moreira, *“se esta se há de definir como opção por determinados fins e escolha dos meios de atingi-los, a economia estava fora do seu campo, pois que nem os seus fins nem o seu processo podiam pôr-se em causa”*⁷⁷. Somente após a Primeira Guerra Mundial, *“a inserção da economia na política ganharia dignidade constitucional, como expressão de transformações econômicas e sociais que se tornaram manifestas ou que nela se iniciaram”*⁷⁸.

Dessa maneira, em consonância com o modelo de Estado Absenteísta, em que a política possuía tantas fronteiras quantas eram as áreas de interesse da iniciativa privada, outra

⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. O Futuro do Estado. São Paulo: Moderna, 1980. p.133

⁷⁷ MOREIRA, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo. Coimbra: Centelha, 1978. p.130-1

⁷⁸ *“Progresso técnico, aumento da população, surgir do capitalismo monopolista, conflitos sociais, esgotamento das terras colonizáveis, progresso e crise da economia mundial e os próprios fenômenos das duas guerras”*. (MOREIRA, Vital. ob. cit. p. 178-9)

formatação jurídica não lhe seria mais adequada do que a da Constituição Liberal, que lhe permitiu reduções objetivas e permanentes tanto aos seus poderes quanto às suas funções. Entrementes, um novo modelo de Estado resta por exigir uma nova configuração do direito, que não mais desconsidere as demandas sociais advindas de uma economia por excelência excludente, e essa nova configuração jurídica, em face do Estado Intervencionista, é a Constituição Econômica.

1.2.2.2. O Conceito de Constituição Econômica

A Constituição Econômica, segundo Vital Moreira, se pode traduzir como “*o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de uma determinada ordem econômica e social, institui-lhe em consequência uma determinada forma de organização e de funcionamento*”⁷⁹. Ou, dizendo de outro modo, a Constituição Econômica é o documento basilar que não se compadece de ser um mero disciplinamento da concepção demasiada estreita da ordem política⁸⁰ - transformando o Estado em espectador passivo das ocorrências sociais, como pretendeu o liberalismo mais moço -, mas que se apresenta para ser também o disciplinamento jurídico da ordem econômica e da ordem social, áreas outrora estranhas à intervenção estatal.

⁷⁹ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Centelha, 1974. p.35

⁸⁰ “*Como o próprio Herman Heller reconhece, a qualidade do político não é algo estabelecido definitivamente, podendo, em épocas de fortes tensões sociais, transformarem-se em políticos atos como a abertura de uma estrada, o estabelecimento de uma fábrica, a construção de uma escola*” (...) “*Parecem sugestivas as palavras de Cabral de Moncada contra o conceito restritivo do político: alguém poderia lembrar de dizer aos teóricos do direito público que o conceito de político, de que partem, é, afinal, inteiramente inaproveitável por demasiado estreito. Poder-se-lhes-ia dizer, mais uma vez, que há mais coisas políticas na terra do que aquelas que eles pensavam na sua vã imaginação*”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p.42)

Pode-se identificar a Constituição mexicana de 1917, produto da revolução iniciada em 1910, como sendo a primeira Constituição tipicamente Econômica. Antes desses anos, segundo Mario de La Cueva, “*somente existia o direito civil*”. Ainda segundo o autor, “*para que o direito do trabalho (enquanto expressão dos direitos sociais) pudesse nascer foi preciso que a revolução constitucionalista rompesse com o passado, destruísse o mito das leis econômicas do liberalismo e derrubasse o império absoluto da empresa*”⁸¹. Mas foi a Constituição alemã de Weimar de 1919⁸², surgida em seguida à frustrada revolução de 1918, também por ter sido mais difundida nos meios jurídicos, que maior representatividade adquiriu.

São três as características comuns a ambas as Constituições, na lição de Livio Paladin, desde que se considere a proximidade histórica das experiências mexicana e alemã e se despreze a distância geográfica. Em primeiro lugar, “*a distinção entre o direito civil, dito comum na esfera privada, e o direito do trabalho, que tende a tutelar os trabalhadores nas suas relações com os empregadores*” Em um segundo momento, “*a instituição de formas generalizadas de previdência e de assistência, não mais concebidas como tarefas do espírito caritativo*” E, por fim, “*a regulamentação expressa da intervenção estatal no campo econômico*”⁸³.

⁸¹ CUEVA, Mário de La. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. v. I. México: Editorial Porrúa, 1981. p.44

⁸² Artigo 151, da Constituição de Weimar: “*A organização da vida econômica deve corresponder aos princípios da Justiça e perseguir como fim assegurar a todos uma existência digna do homem. Dentro desses limites deve ser assegurada a liberdade econômica do indivíduo*”. (VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Teoria Geral do Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p.87)

⁸³ PALADIN, Livio. Diritto Costituzionale. Padova: Cedam, 1992. p.46-7

1.2.2.3. A Declaração de Direitos

Entre a declaração de direitos da Constituição Liberal, bem expressa na declaração francesa, e a declaração de direitos da Constituição Econômica, assente nas declarações mexicana e alemã, dentre outras, uma diferença é de enorme importância: a ação do Estado. Nos tempos da Revolução Francesa, o que se procurava defender eram as liberdades individuais, compostas, basicamente, de direitos negativos, que pressupunham uma omissão por parte do Estado. Após a Primeira Guerra Mundial, como expressão jurídica das transformações econômicas e sociais às quais se sujeitou o Estado Absenteísta⁸⁴, a Constituição Econômica não deixou de acolher o elenco de direitos negativos, mas, “*pari passu*”, dedicou-se também aos direitos positivos⁸⁵, passando a exigir do Estado uma conduta comissiva.

A exigência de prestações positivas, isto é, de medidas capazes de conformar o “*status quo*” econômico e social, é a principal causa do fortalecimento dos poderes do Estado, forçando-o, como no caso do direito do trabalho, a criar para certos indivíduos deveres para com outros indivíduos. Esse fortalecimento dos poderes, por sua vez, acabou por imprimir ao Estado, mais do que uma

⁸⁴ “O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica de vastas camadas da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens”. (BONAVIDES, Paulo. ob. cit. p. 184)

⁸⁵ Segundo Manuel Alonso Olea, “a importância dessas formulações constitucionais, incorporadas, via de regra, à parte dogmática ou de declaração de direitos da Constituição, é simplesmente simbólica, enquanto expressão do reconhecimento da importância (desses direitos) como parte do ordenamento jurídico, e indicadora da sensibilidade social sobre a sua vigência. A existência, porém, e a autonomia (desses direitos), derivam da importância da realidade social por eles regulada, independentemente da Constituição”. (Introdução ao Direito do Trabalho. trad.: Carlos Alberto Barata Silva. São Paulo: LTr, 1981. p.232)

capacidade aumentada para intervir soberanamente nas relações entre indivíduos, um verdadeiro dever de agir, conceituado por Cesar Luiz Pasold como sendo “o compromisso dinâmico que o Estado passa a ter com a sociedade que o gerou e, com sacrifícios, o mantém, extrapolando, assim, a mera condição de discurso legal”⁸⁶.

André Brun e Henri Galland, em analisando as causas do advento do “dever de agir” imposto ao Estado, apontam como consequências do liberalismo e, em decorrência, como razões da transformação da declaração de direitos da Constituição Liberal: a) o isolamento do salário dos trabalhadores, enquanto contrapartida única, que lhes impedia de discutir as demais condições do contrato de trabalho elaboradas pelo empregador; b) a ausência de proteção legal dos salários, em decorrência da abstinência, notadamente legislativa, dos poderes públicos, que ensejava aos trabalhadores posição menos favorável do que a dos camponeses no “Ancien Régime”; e c) a aparição da grande indústria e do maquinismo, que vêm agravar os males do “laissez faire”, ocupando praticamente todos os contatos entre empregadores e salários⁸⁷.

⁸⁶ PASOLD, Cesar Luiz. Reflexões sobre o Poder e o Direito. Florianópolis: Estudantil, 1986. p.75. Esse compromisso dinâmico que o Estado passa a ter com a sociedade decorre, na verdade, da condição instrumental daquele. Ainda segundo o autor, “a condição instrumental do Estado deve ser consequência de dupla causa: ela nasce da sociedade, e deve existir para atender demandas que, permanente ou conjunturalmente, esta mesma sociedade deseja sejam atendidas”. Assim, “se a condição instrumental do Estado advém do fato de ele ser criação da sociedade, ela se consolidará (como dever de agir) somente na serventia aos anseios sociais e justificar-se-á por uma conformação jurídica conveniente à origem e coerente com a utilidade à sociedade”. (PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. Florianópolis: Estudantil, 1988. p.34)

⁸⁷ BRUN, André. GALLAND, Henri. ob. cit. p.12-3

1.2.2.3.1. Os Direitos Sociais

A expressão “direitos sociais”⁸⁸, segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “*aparecera já durante a Revolução Francesa, e incluíra-se no projeto de Declaração de Direitos, apresentado à Convenção em 17 de abril de 1793*”. A razão de ser da cunhagem, segundo o autor, “*estaria em serem positivos (tais direitos), isto é, exigirem prestações positivas do Estado e da sociedade, em vez de serem negativos, como os direitos-liberdade (liberdade física, liberdade de ensino, liberdade de trabalho, etc.)*”⁸⁹, direitos esses também conhecidos como direitos individuais, cujos propósitos últimos se compadecem da abstenção estatal.

A experiência tem demonstrado, e a lição de Luis Recasens Siches é conforme, que, se os direitos individuais são

⁸⁸ Hodiernamente, a expressão “direitos sociais” possui pelo menos dois distintos sentidos: um genérico, que em parte interessa aos propósitos desta dissertação, e outro restrito, que é o sentido que aqui se adotará. Para diferenciá-los, importante assentar, em conformidade com Antônio Francisco Cesarino Júnior, que, “*por direito social genérico, se entende o sentido social que hoje domina todo o direito, levando alguns autores a falar numa socialização do direito*”. O direito social genérico, assim, “*compreende, além do aspecto social do direito civil, do direito comercial, do direito processual, etc., notadamente dois ramos novos, o direito econômico e o direito social restrito*”. (Direito Social. São Paulo: LTr, 1980. p.42). Dentro desse quadro é que se compreende, por direito social restrito, os direitos ditos trabalhistas, que estão voltados historicamente ao disciplinamento da relação de emprego, em que o trabalho humano é prestado em situação de subordinação jurídica. Com isso se esclarece que a expressão “direitos sociais”, utilizada a partir de agora nesta dissertação, se insere na temática concernente ao sentido restrito proposto por Antônio Francisco Cesarino Júnior, circunscrevendo-se mais precisamente ao direito do trabalho e aos seus princípios e institutos correlatos, na forma como estão arrolados no artigo 7º, da Constituição Federal de 1988 (por exemplo: salário mínimo, duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, etc). É de se ver que a expressão “direitos sociais” também significa um terceiro gênero de direito, cuja natureza jurídica não é pública nem privada. Esse significado, todavia, não se pretende aprofundar nesta dissertação.

⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Democracia, Liberdade e Igualdade. São Paulo: Saraiva, 1979. p.490

essenciais e básicos, até o ponto de que lhes corresponde o lugar mais alto na axiologia jurídica, eles são insuficientes, por duas razões:

1. os direitos individuais não podem realizar-se satisfatoriamente quando não existem certas condições de seguridade material (econômica), e de educação e cultura. Inclusive quando não se produzem violações de tais direitos individuais, acontece que eles não se convertem em uma realidade efetiva para os setores da população que carecem do mínimo desejável de bem-estar econômico e de educação; e

2. em sendo da máxima importância os direitos individuais, eles não esgotam todos os requerimentos da justiça para os homens. O indivíduo não pode realizar-se a si próprio em vista das possibilidades e potencialidades que tem, a não ser contando com uma série de variadas condições e ajudas que receba da sociedade⁹⁰.

Diante das insuficiências dos direitos individuais, cujo conteúdo é “um não fazer”, “um não violar”, “um não prejudicar”, por parte dos demais indivíduos e sobretudo do Estado, resulta que, ao invés, o conteúdo dos direitos sociais consiste em “um fazer”, “um contribuir”, “um ajudar”. E um dos desses direitos sociais, que por sua importância histórica se consubstancia no objeto desta dissertação, é o direito do trabalho, cuja satisfação, segundo Luis Recasens Siches, somente “*se pode conseguir mediante o estabelecimento de normas jurídicas que impõem determinados deveres correlativos a certos indivíduos, habitualmente aos empregadores*”⁹¹, conforme o elenco do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988.

⁹⁰ SICHES, Luis Recasens. Tratado General de Filosofia del Derecho. México: Editorial Porrúa, 1995. p.603

⁹¹ SICHES, Luis Recasens. ob. cit. p.607

1.2.2.4. O Regramento do Poder

Alguns aspectos inovadores da Constituição Econômica, também no que se refere à ampliação das funções que ao Estado competem, transparecem da lição de José Joaquim Gomes Canotilho, na oportunidade em que argumenta que, diferentemente da Constituição Liberal, em que as questões econômicas e sociais eram indiferentes ao Estado, “a Constituição Econômica valoriza a parte ideológico-programática, não se limitando à definição dos esquemas organizatórios”. A Constituição Econômica, para o autor, “pretende ser não apenas ordem estadual, mas também ordem social”⁹².

A consequência disto é que se rompe com o regramento liberal do poder político, cuja concepção original se encontrava por demais apegada a critérios individualistas, e se passa a confrontá-lo não mais ensimesmado, enquanto ordem política⁹³, mas em função de uma ordem social e econômica a que se volta o Estado. A bem da verdade, a ordem política, na concepção liberal-individualista, comporta verdadeiro argumento “*ab absurdo*”⁹⁴, pois, como acentua Cesar Luiz Pasold, “nem mesmo sob um artiloso artifício conceitual ou metodológico, pode ser considerada (a ordem política) independente e auto-suficiente com relação ao sistema social, porque todos os seus

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p.82-3

⁹³ “O conceito de separação de poderes designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções”. (KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.265)

⁹⁴ “Fala-se em argumento “*ab absurdo*” quando a demonstração conseqüente de uma proposição conduz a uma conclusão inaceitável, o que obriga a reconhecer a verdade da proposição oposta. Estritamente, portanto, como argumento, o absurdo não é o destituído de sentido, mas o que tem um sentido falso (isto é, inaceitável para o senso comum)”. (FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1995. p.335-6)

*componentes estruturais, de fato e de direito, somam-se para se diluírem na Constituição da Sociedade*⁹⁵

1.2.3. O Valor Igualdade

O Estado Intervencionista representa, efetivamente, uma transformação superestrutural pela qual passou o Estado Absenteísta. Transformação esta que ensejou a reformulação da noção de Estado de direito e a releitura da concepção de Estado mínimo. São seus pontos mais salientes: o caráter forte do seu poder, expresso na capacidade de editar inclusive direitos positivos, e a abrangência das suas funções, outrora limitadas, indiferentemente às leis de mercado. É nessa concepção de Estado que ganha o devido relevo o valor igualdade em relação ao valor liberdade, e cuja expressão jurídica, decorrente do fortalecimento dos poderes estatais, são os direitos sociais⁹⁶. Com efeito, os direitos sociais constituem o lado positivo dos direitos humanos e se manifestam na prestação concreta do Estado em favor dos indivíduos menos favorecidos, para proporcionar-lhes melhor nível de vida e para garantir-lhes bem-estar social⁹⁷.

O apreço maior ao valor igualdade, sem desmerecer o valor liberdade, transforma, assim, a compreensão do

⁹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. Eleições e Democracia. In: Resenha Eleitoral. Revista do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Florianópolis: v.1, n.1, jul/dez de 1994. p.23

⁹⁶ Como defende Américo Plá Rodrigues, “enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no direito do trabalho (direito social por excelência) a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”. (Princípios de Direito do Trabalho. trad: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993. p.28)

⁹⁷ SILVA, Antônio Alvares da. Prescrição Trabalhista na Nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1990. p.108

papel do Estado diante das desigualdades sócio-econômicas. Ao invés da apreensão natural a respeito das diferenças econômicas e sociais entre os indivíduos, que justificou durante todo o século XIX o absentismo estatal, o Estado Intervencionista reconhece o caráter cultural destas diferenciações, buscando com a sua conduta comissiva o igualamento social e econômico a um patamar em que a dignidade de cada indivíduo seja assegurada.

Ouve-se dizer, acentua Cornélius Castoriadis, que “*a igualdade total (que não é sinônimo de padronização social, conforme já adiantado) é incompatível com a liberdade e vem acompanhada pela servidão. Como se houvesse uma igualdade qualquer em um regime como o da Rússia (então sob inspiração do “socialismo real”)! Como se nesse regime não houvesse uma fração da população sob todos os aspectos privilegiada!*”⁹⁸ Em verdade, a liberdade, para não ser sinônimo de opressão, impõe a igualdade entre os indivíduos, e igualdade não só formal. E a igualdade, em última instância, é pressuposto para o exercício da liberdade. A não ser que se esteja falando em liberdade para alguns indivíduos e não para todos.

Com vistas à realização da igualdade em sentido não só formal, mas também material, a Constituição Econômica, em que pese ser a composição jurídica da redução dos poderes e das funções do Estado, melhor se presta a ser o disciplinamento do intervencionismo estatal. E enquanto tal, no que se refere aos poderes estatais, apresenta-se como o marco a partir do qual os direitos sociais passaram a compor, juntamente com os direitos individuais, a declaração de direitos. E, no que concerne às funções estatais, como o momento de libertação do Estado das regras da livre iniciativa, fazendo

⁹⁸ CASTORIADIS, Cornélius. Natureza e Valor da Igualdade. In: ob. cit. p.327

superar o formalismo apático da tripartição dos poderes e os obstáculos à intervenção estatal no campo social e econômico.

2. A EMERGÊNCIA DO DISCURSO DA FLEXIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, pelo menos para os propósitos desta dissertação, se cingem àqueles direitos que refletem a imposição de deveres ao empregador em relação ao trabalhador, com o que resta clara a sua nascente com o advento do fortalecimento da capacidade estatal de intervir soberanamente nas relações entre indivíduos. Cumpre agora inserí-los dentro da propalada crise do Estado Intervencionista, de maneira a também contextualizar a emergência do discurso da flexibilidade. O que significa dizer que os direitos sociais, em tendo surgido a partir da crise do Estado Absenteísta, circunscrito que era à tutela dos direitos individuais, hoje encontram no discurso da flexibilidade a sua maior oposição, enquanto corolário, por sua vez, da crise do Estado Intervencionista. É a dinâmica da declaração de direitos.

A noção de flexibilidade, em verdade, não se apresenta como oposição aos direitos sociais em si, mas sim como oposição a uma qualidade dos direitos sociais, identificada apressadamente como sendo a rigidez própria das Constituições Econômicas. Em sendo o discurso da flexibilidade dos direitos sociais muitíssimo recente, datado dos anos 70, importa notar em seu bojo duas curiosas características: a primeira, decorrente da dinâmica da declaração de direitos, expressa a sua dimensão reformista, tal qual a relativa à ascensão do Estado Intervencionista, que, mesmo reformulando, manteve a essência da doutrina liberal, e a segunda, motivo de consistente crítica da esquerda à sua implementação, expressa a sua dimensão reacionária, eis que, ao invés de se buscar a ampliação da declaração de direitos, advoga um retorno acrítico aos direitos individuais, nos moldes do Estado Absenteísta.

2.1. A CRISE DO ESTADO INTERVENCIONISTA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: A FLEXIBILIDADE E A RIGIDEZ

2.1.1. A Crise do Estado Intervencionista

Com a globalização do mercado, ensejando maior competitividade entre as empresas privadas, independentemente do espaço territorial onde se localizam, a presença atuante do Estado na economia e no social, circunscrita a fronteiras nacionais, passou a ser considerada fator de inibição à integração regional e inter-regional, propiciando a crise do intervencionismo estatal⁹⁹. Em certo sentido, a crise aventada é consequência da expansão da noção de cidadania. Para Pablo Gentilli, *“a crítica enfática à interferência da política na esfera social e econômica, (pretende, em verdade, questionar) a noção de*

⁹⁹ São apontados como fatores gerais da crise do Estado Intervencionista: a) a desestabilidade econômica, desencadeada pelos choques petrolíferos verificados em 1973 e no período de 1979/80, que provocou o agravamento do processo inflacionário nos países industrializados de economia de mercado; b) a necessidade de compatibilizar a prestação de serviços e o funcionamento das empresas com as inovações tecnológicas introduzidas no processo produtivo; c) o agravamento da competitividade mundial, ensejando o atraso tecnológico e econômico dos países fechados em si mesmos; d) a diversificação da demanda mundial, dando lugar a trocas de estilo de produtos com frequência e celeridade; e, mais uma consequência do que um fator propriamente dito, e) o aumento do desemprego e o dualismo do mercado de trabalho, representado por um crescimento do setor informal, no qual se detecta clara tendência de desregulamentação dos direitos sociais. A esse respeito, consultar: HOYOS, Arturo. La Flexibilización del Derecho Laboral en Panamá. In: Flexibilización del Trabajo. coord.: Oscar Hernandez Alvarez. Caracas: Lisandro Alvarado, 1990. p.149/50. NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Flexibilização do Direito do Trabalho. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém: jan./jun. de 1992. p.111. PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A Problemática da Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. In: Jurisprudência Catarinense. Florianópolis: n. 70, ano 1992. p.66. FALCHETTI, Roberto. Una Nueva Dimension del Derecho del Trabajo. El Desafío de la Flexibilidad. In: Revista Jurídica do Trabalho. Salvador: ano II, n. 06, jul/set de 1989. p.57-60

direito e as concepções de igualdade que servem de fundamento à existência de certos direitos sociais nas sociedades democráticas”¹⁰⁰

Assim, o cerne da crise do Estado Intervencionista, para os propósitos desta dissertação, diz respeito ao fortalecimento dos poderes do Estado, juridicamente circunscrito à noção de Estado social de direito, cuja ação ao longo do século XX resultou na conferência de direitos, notadamente trabalhistas, àqueles indivíduos excluídos do mercado, e na minoração da esfera de liberdade de iniciativa, especialmente sentida pelo empresariado. O que permite asseverar que a discussão em torno do Estado mínimo ou máximo e a respeito das funções limitadas ou ilimitadas que ao Estado compete realizar, conquanto ser da mais alta importância, não interessam para a análise do discurso da flexibilidade ou da rigidez, discurso esse voltado à crise do Estado de poderes fortes e aos direitos sociais.

Em que pese a existência de argumentação no sentido de retirar da análise da crise do Estado Intervencionista a abordagem ideológica¹⁰¹, quer parecer irrealizável tal tentativa, mesmo porque, conforme é permitido inferir da lição de Joaquim Herrera Flores, mais do que em uma crise da ideologia, o discurso em torno da

¹⁰⁰ GENTILI, Pablo. Neoliberalismo, Exclusão Social e Políticas Educativas. In: Plural. Revista da Associação dos Professores da UFSC. Florianópolis: n. 7, ano 5, jan/jun de 1996. p.56-7

¹⁰¹ Ney Prado adverte que *“a adaptação do Estado e do seu direito, hoje empreendida a nível mundial, não tem suporte programático nem ideológico: ela tem ocorrido indistintamente em qualquer país em que se tenha aflorado uma percepção mais pragmática do papel do Estado e do direito no processo de desenvolvimento: muito mais fruto da experiência do que de concepções cerebrinas de teóricos de gabinete. A flexibilização tem sido a resposta universal à constatação, difícil de aceitar ainda por muitos, de que o Estado passou a ser mais um fator de atraso e recessão econômica do que um agente de progresso”*. (Economia Informal e o Direito no Brasil. São Paulo: LTr, 1991. p.115). Como ficou esclarecido acima, a advertência de Ney Prado não assegura comprovado convencimento. Com efeito, somente se justificaria, nessa hipótese não empírica, a retirada da abordagem ideológica, se se considerasse a *“percepção mais pragmática”* do papel do Estado e do direito algo como uma inspiração divina.

flexibilidade dos direitos sociais se insere em uma verdadeira ideologia da crise¹⁰², enquanto subterfúgio para criar a impressão de impor “verdades inquestionáveis” e de veicular “respostas únicas”. Assim, em se tratando de um discurso centrado em pontos de vista parciais, pelo menos duas são as leituras possíveis da crise do intervencionismo estatal, interessando ambas a esta dissertação: uma leitura de esquerda, mais compromissada com o ideal de igualdade, e outra de direita, mais compromissada com o ideal de liberdade.

Em outras palavras, segundo magistério de Emir Sader, “os que acreditam que o mercado supostamente livre define o destino de cada um são a direita. Os que acreditam, ao contrário, na justiça social e norteiam suas crenças, sua palavra e sua ação nesse sentido são a esquerda”¹⁰³. Dessa forma, não é difícil relacionar a direita com uma leitura fatalista da crise do Estado Intervencionista, assentada na teoria neoliberal, sendo assim mais adequada aos empregadores, e relacionar a esquerda com uma leitura crítica da crise e contraposta ao neoliberalismo, mais próxima aos anseios e às ações reivindicatórias dos trabalhadores.

Os analistas de esquerda¹⁰⁴, identificados com os interesses dos trabalhadores, apontam as causas da crise do Estado

¹⁰² Para o autor, “a ideologia da crise compreende conjuntos teóricos que pretendem focar e resolver a crise do Estado Intervencionista, sem, contudo, sair das pautas gerais do modelo liberal de Estado” (FLORES, Joaquim Herrera. Crisis de la Ideologia o Ideologia de la Crisis? Respuestas Neoconservadoras. In: Revista Crítica Jurídica. Buenos Aires: n.13, 1993. p.123)

¹⁰³ SADER, Emir. O Anjo Torto. Esquerda e Direita no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1995. p.17

¹⁰⁴ Segundo Norberto Bobbio, “o elemento que melhor caracteriza as doutrinas e os movimentos que se chamam de esquerda, e como tais têm sido reconhecidos, é o igualitarismo, desde que entendido não como a utopia de uma sociedade em que todos são iguais em tudo, mas como tendência, de um lado, a exaltar mais o que faz os homens iguais do que o que os faz desiguais, e de outro, em termos práticos, a favorecer as políticas que objetivam tornar mais iguais os desiguais”. (Direita e Esquerda. Razões e Significados de uma Distinção Política. trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1995. p.110)

Intervencionista na contradição da sociedade capitalista de, simultaneamente, garantir a expansão e a acumulação individual do capital e a legitimidade social, aquela mediante o controle do conflito social, esta mediante a previsão dos direitos sociais¹⁰⁵. Para Tarso Fernando Genro, as causas da crise do Estado Intervencionista se relacionam “*com a crise do conjunto dos valores da tecnocracia que faz a gerência do Estado e dos negócios do capital monopolista*” e se centram “*na necessidade de maior liberdade para o seu expansionismo, revivido pelo neoliberalismo em termos teóricos*”¹⁰⁶.

O neoliberalismo teve nos governos de Ronald Reagan e George Bush, nos Estados Unidos da América, e de Margaret Thatcher, na Inglaterra, os seus primeiros representantes. Em seguida, generalizou-se como “resposta padrão à crise do intervencionismo do Estado”, atraindo os governos social-democratas de François Mitterand, na França, e de Felipe Gonzalez, na Espanha. Nos países de Terceiro Mundo, como o Brasil, pretende-se implementar o neoliberalismo mediante propostas muito mais radicais do que as veiculadas pelos países do Primeiro Mundo, que tiveram agravados os seus problemas

¹⁰⁵ E é exatamente por causa dessa contradição da sociedade capitalista que, segundo Junger Habermas, o Estado social de direito “*é um instrumento talvez indispensável, mas não verdadeiramente inocente para cuidar dos problemas relativos ao bem-estar da sociedade*”. (Ensayos Políticos, trad.: Pedro Sanches. Barcelona: Ediciones Península, 1987. p.151) Conforme Renato Brunetta, “*a utilização do “welfare state” para fins distributivos e, ao mesmo tempo, para desmobilizar a função conflitual pós anos sessenta se tornou inevitável em presença de dois distintos fenômenos: a) de um lado, a impossibilidade de garantir a plena ocupação em troca da paz social como era tido nos anos cinquenta; b) de outro lado, a crise de representação devida à fragmentação das demandas políticas e à proliferação dos movimentos coletivos de fora das estruturas tradicionais (movimento estudantil, movimento feminista, etc.)*” (Il Conflito e le Relazioni di Lavoro negli anni 90. Torino: Giappichelli Editore, 1992. p.79)

¹⁰⁶ GENRO, Tarso Fernando. A Crise da Lei: a Real e a Imaginária. In: Revista LTr. São Paulo: ano 54, jul de 1990. p.828

sociais (como o desemprego) e se encontram em estágio de revisão de estratégias e de correção de rumos¹⁰⁷.

Não obstante apresentar um discurso de integração, decorrente da substituição da noção do mercado vinculado ao Estado-nação pela noção de mercado globalizado, a esquerda entende que o neoliberalismo se constitui, na prática, em intensa dinâmica de desintegração. Tal tendência, segundo Pablo Gentili, se manifesta em três planos: a) a destruição e a desarticulação da esfera pública, através do enfraquecimento dos poderes estatais (espaço em que se materializam os direitos sociais); b) o aumento da pobreza e a exclusão social da expressiva maioria dos trabalhadores; e c) a expansão de um conjunto de relações sociais marcadas pela ausência de solidariedade, em consequência do resgate do individualismo do século XIX¹⁰⁸.

Para os analistas de direita¹⁰⁹, identificados com os interesses dos empregadores, a crise do Estado Intervencionista

¹⁰⁷ Convém esclarecer a existência de forte resistência ao desmonte do Estado Intervencionista, conforme certificam as greves no setor público francês. Segundo recente reportagem, *“fiél à sua tradição de vanguarda dos movimentos sociais da Europa, a França está se transformando no campo de batalha onde se decidirá o futuro do Welfare State. (...) Ainda é cedo para saber quem vai levar a melhor na queda-de-braço entre o governo do primeiro-ministro Alain Juppé e as centrais sindicais francesas”*. Quem viver, verá. (Resistência Francesa. In: Revista Isto É. São Paulo: de 20 de dezembro de 1995. p.107)

¹⁰⁸ GENTILI, Pablo. Neoliberalismo, Exclusão Social e Políticas Educativas. In: ob. cit. p.55

¹⁰⁹ As doutrinas e os movimentos de direita podem ser explicados, em parte, em contraposição ao explicitado na nota relativa às doutrinas e aos movimentos de esquerda. Nesse sentido, apesar de guardar certa distinção com o entendimento de Norberto Bobbio, entende-se por direita a orientação e a prática políticas em que o valor liberdade prepondera sobre o valor igualdade. Convém ressaltar, entretanto, ainda com Norberto Bobbio, que *“a igualdade tem por efeito uma limitação da liberdade tanto do rico quanto do pobre, mas com a seguinte diferença: o rico perde uma liberdade usufruída efetivamente, o pobre perder uma liberdade potencial (...). Com isto, não se pretende afirmar que uma medida igualitária seja sempre limitadora da liberdade. A extensão do sufrágio masculino às mulheres não limitou a liberdade de voto dos homens. Pode ter limitado o seu poder, pelo fato de que a sustentação de um determinado governo passou a não depender mais apenas deles, mas o direito de votar não foi restringido”*. (Direita e Esquerda. Razões e Significados de uma Distinção Política. cit. p. 114-5)

se assenta em um discurso econômico e não político. De acordo com Claus Offe, a política da direita postula que “o Estado do bem-estar tornou-se um peso muito grande para a economia, cujo crescimento potencial e competitividade estariam, conseqüentemente, sofrendo os custos e a rigidez excessivos impostos sobre o mercado”¹¹⁰; e isso precisamente pelas condições organizadas através dos direitos sociais. Com efeito, segundo informação de Alfredo Montoya Melgar, “se diz que o direito do trabalho clássico é um obstáculo para a recuperação da economia, que é um fator de rigidez do mercado de trabalho e que constitui um freio para o crescimento do emprego”¹¹¹.

O receituário da teoria neoliberal é bastante simples: 1. a flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho; 2. a privatização das empresas estatais; e 3. o corte dos gastos públicos no setor social. A parte os dois últimos itens, Adriana Marshall esclarece que, para o neoliberalismo, “o direito do trabalho se constitui em fator decisivo de competitividade: a seu juízo, as normas de trabalho protetoras eram possíveis na época da industrialização autárquica, resguardada da competência externa, porém são inadequadas na década de 90, em razão do reajuste que parece exigir a “nova ordem mundial”. Segundo o neoliberalismo, “para melhorar a competitividade exterior é preciso reduzir os custos laborais, dispor de trabalhadores mais disciplinados e flexíveis e redobrar os esforços de todos”¹¹².

¹¹⁰ OFFE, Claus. Capitalismo Desorganizado. trad.: Wanda Caldeira Brant e outros. São Paulo: Brasiliense, 1994. p.272

¹¹¹ MELGAR, Alfredo Montoya. Tendencias Actuales del Derecho del Trabajo en España. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba: v.16, n.1, jan/jun de 1991. p.18

¹¹² MARSHALL, Adriana. Consecuencias Económicas de los Regímenes de Protección de los Trabajadores en América Latina. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 113, n. 1, 1994. p.59

2.1.2. A Crise da Constituição Econômica: A Flexibilidade e a Rigidez

“Pari passu” ao discurso da crise do Estado Intervencionista, processa-se também ampla discussão a respeito da crise da Constituição Econômica, identificada como uma Constituição cujos direitos sociais apresentam contornos jurídicos rígidos, e não flexíveis¹¹³. A propósito, convém dizer, com Pierre Rodière, que a crítica à rigidez da Constituição Econômica não é tão nova quanto aparenta, ainda mais se se leva em conta que *“por flexibilidade se pode entender o retorno a uma época passada da história recente, mais ou menos mitificada pelos propugnadores da excelência da Constituição Liberal”*¹¹⁴. Assim, em se identificando a flexibilidade com o retorno a uma época passada da história recente, pode-se provisoriamente, uma vez que se pretende aprofundar o seu sentido mais adiante (capítulo IV), conceituá-la como sendo a possibilidade de se acomodar, do ponto de vista constitucional, os direitos sociais às variantes do mercado de trabalho e às exigências circunstanciais das empresas privadas; e por rigidez deve-se definir precisamente o contrário.

Em outro sentido, e ainda provisoriamente, a rigidez dos direitos sociais é identificada, fundamentalmente, com o

¹¹³ Por flexibilidade dos direitos sociais, segundo Alfredo Montoya Melgar, *“se traduz tanto uma debilitação da presença estatal (protetora) no sistema das relações de trabalho, como uma redução dos direitos dos trabalhadores”*. (ob. cit. p.18) Para obter outros sentidos, consultar: PIÑERO, Miguel Rodrigues. Apresentação. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. Granada: Fundacion Friedrich Ebert, 1986. p.5.

¹¹⁴ RODIÉRE, Pierre. La Situacion Francesa. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. idem. p.206. Não surpreende Norberto Bobbio que a doutrina liberal escreva, *“com plena convicção e certa de não causar escândalos, que o liberalismo é contra a igualdade e é, ao contrário, tolerante para com a disparidade de rendas e riqueza. Os liberais, esclarece, jamais consideraram a desigualdade de riqueza um mal em si, um mal social intolerável, pois a consideram efeito colateral da economia produtiva”*. (Direita e Esquerda. cit. p.127)

fortalecimento dos poderes do Estado, próprio da Constituição Econômica, e a flexibilidade desses mesmos direitos com o enfraquecimento dos poderes do Estado, característica da Constituição Liberal. Especificamente em razão do objeto desta dissertação, a rigidez da Constituição Econômica consiste no caráter indisponível que se conferem aos direitos sociais relativos ao trabalho. Diferentemente do que ocorre na Constituição Liberal, em que os indivíduos possuem ampla liberdade de disposição de seus direitos¹¹⁵.

A flexibilidade, delineada em torno do enfraquecimento do poder estatal de intervir soberanamente nas relações entre indivíduos, se propõe a rever o “modelo típico de relação de trabalho”, cujos atributos essenciais são: o contrato de trabalho de duração indeterminada, a jornada de tempo completo, a vinculação a um único empregador e a proteção contra a dispensa desmotivada. De acordo com Arturo S. Bronstein, “*a reação contra a relação de trabalho típica ocorre por se entender que a sua manutenção engendra rigidezes incompatíveis com a necessidade das empresas adaptarem-se a um meio econômico cambiante e competitivo*”¹¹⁶. Assim, dentre as diversas formas de trabalho mais flexíveis e distintas do modelo típico, propugnam-se como hipóteses atípicas:

1. o contrato de trabalho de duração determinada, independentemente de motivação¹¹⁷, o contrato de

¹¹⁵ “A necessária rigidez da norma jurídica trabalhista constitui um entrave ao bom funcionamento do mercado, e este direito de ordem pública limita a liberdade dos contratantes. Flexibilidade e desregulamentação trabalhista aparecem, então, como as duas faces de uma mesma moeda”. (RAY, Jean-Emmanuel. La Flexibilité du Temps de Travail. In: Revue Internationale de Droit Comparé. Paris: n. 1, jan/mar de 1990. p.187-8)

¹¹⁶ BRONSTEIN, Arturo S.. El Trabajo Temporal en Europa Occidental: Antagonista o Complemento del Empleo Permanente? In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 110, n. 4, 1991. p.485

¹¹⁷ No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho somente admite o contrato por prazo determinado em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade

trabalho temporário¹¹⁸ e o contrato temporário de trabalho, novidade esta a ser introduzida no Brasil por iniciativa do Poder Executivo¹¹⁹ (modelos de avença em oposição ao contrato de trabalho de prazo indeterminado);

2. o contrato de trabalho em tempo parcial e o contrato de trabalho a ser executado em dias alternados da semana (exemplos em contraste com a jornada de tempo completo);

3. o trabalho eventual mais disseminado e o incentivo ao fortalecimento do sistema de sociedades cooperativas¹²⁰ (propostas em dissonância com a vinculação a um único empregador); e

4. a abolição das formas de estabilidade e das multas e indenizações rescisórias, a adoção do contrato de trabalho à domicílio, em regime de exploração familiar, e da subcontratação (iniciativas avessas à proteção contra a dispensa desmotivada e tendentes à redução dos gastos empresariais com pessoal).

Adotando expressão de Pierre Rosanvallon, que se amolda perfeitamente à análise perpetrada pela direita, o discurso da crise da Constituição Econômica, em se envolvendo com o problema da necessidade de maior absentismo estatal e de liberdade na

justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; e c) de contrato de experiência. (artigo 443, § 2º)

¹¹⁸ Lei nº 6019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

¹¹⁹ O projeto de lei nº 1724/96, que cria o contrato temporário de trabalho, independentemente das inconstitucionalidades que alberga, possui as seguintes características: 1. as empresas poderão admitir até 20% de seus trabalhadores em regime de contrato temporário, sendo restrita a admissão aos novos trabalhadores; 2. o empregador não pagará o aviso prévio e nem a multa rescisória sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; 3. haverá redução em torno de 90% das alíquotas do seguro acidente do trabalho, do salário educação, do Incri e do Sebrae, bem como desconto na contribuição para o Senai e o Sesi; e 4. o percentual do FGTS cairá para 2%, dentre outras.

¹²⁰ “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela” (artigo 442, § único, da Consolidação das Leis do Trabalho)

contratação do trabalho pelos empregadores, “*está no seio de uma crítica da crítica da economia de mercado*”¹²¹. Assim se dando de forma imediatamente sucessiva, do ponto de vista histórico, ao advento do intervencionismo estatal e à previsão dos direitos sociais, que se constituíram a partir de uma crítica da economia de mercado.

2.1.3. Flexibilidade ou Flexibilização

O termo flexibilidade (do latim: *flexibilitate*) diz respeito a uma qualidade constante de certo direito, qualidade de adaptabilidade ao meio em que está inserido, e o termo flexibilização, ausente dos dicionários, a um processo de adaptação do direito, algo relativo a uma qualidade ainda a ser alcançada por ele. Não é sem outro sentido que Júlio Assumpção Malhadas elucida que “*flexibilidade é elasticidade, facilidade de manuseio, adaptabilidade, e flexibilização é dar flexibilidade a ...*”. Ainda segundo o autor, “*flexibilidade de direitos há de ser, pois, a adaptabilidade das normas, a facilidade do manuseio destas, e flexibilização de direitos, tornar adaptáveis e de fácil manuseio as normas, ou, melhor ainda, fazer normas apropriadas e facilmente manejáveis*”¹²².

Com base nessas considerações, não é difícil distinguir flexibilidade de flexibilização. Mediante o emprego do primeiro termo, trabalha-se com o tempo presente, com o que já existe; mediante o emprego do segundo termo, trabalha-se com o tempo futuro,

¹²¹ “O retorno do liberalismo (clássico) e a crise do keynesianismo são duas faces complementares de um mesmo movimento. As políticas de desregulação estão na ordem do dia de diversos países. (...) O retorno do liberalismo está no seio de uma crítica da crítica da economia de mercado”. (ROSANVALLON, Pierre. ob. cit. p.59)

¹²² MALHADAS, Júlio Assumpção. Flexibilização de Direitos. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989. p.378

com o que existe somente enquanto “meta a ser conquistada”. Não obstante isso, o uso pelos autores de ambos os termos se processa sem qualquer critério, razão pela qual, nesta dissertação, adotar-se-á o primeiro termo, flexibilidade, albergando os dois sentidos expendidos.

2.1.4. Dos Argumentos Favoráveis e dos Argumentos em Contrário

Considera Tomás Sala Franco que “*a flexibilidade dos direitos sociais é uma reivindicação tipicamente empresarial e expressa historicamente pelos empresários*”¹²³, ou seja, é uma reivindicação própria da direita. Com o que concorda José Luis Malo de Molina, quando demonstra que a demanda de flexibilidade não se compromete com os interesses dos trabalhadores, restringindo-se aos problemas da empresa. Com efeito, para o autor, “*a demanda de flexibilidade surge como uma exigência de ajuste macroeconômico e como um instrumento de eficácia econômica diante da necessidade de adaptação da empresa aos câmbios tecnológicos e ao acirramento da competitividade*”¹²⁴. O modo como tal demanda se veicula, em consequência, pretende alcançar a capitulação dos direitos sociais relativos ao trabalho, pois o debate de fundo (é preciso flexibilizar, ou não?) se restringe a: “como flexibilizar”? e “quando flexibilizar”?

Entretanto, não se pode desconsiderar que o tema flexibilidade, assim apresentado, se tem colocado de maneira incompleta, centrado somente em aspectos concretos da regulação

¹²³ FRANCO, Tomás Sala. La Flexibilidad en el mercado del Trabajo en España. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. cit. p.165

¹²⁴ MOLINA, José Luis Malo de. La Flexibilidad del Mercado del Trabajo desde la Perspectiva de la Política Económica. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. cit. p.93

jurídica do contrato de trabalho¹²⁵ e não em um discurso amplo acerca das dificuldades estruturais da empresa; paradoxalmente, tem sido apontado como verdadeira panacéia para todos os males da economia e também para certos males sociais, como o desemprego. Tanto é certo que, para José Pastore, um dos mais fortes argumentos em favor da flexibilidade dos direitos sociais é que, “*quando as relações trabalhistas dependem muito da legislação, como é o caso do Brasil, as adaptações são lentas, as empresas perdem a competição e os trabalhadores ficam sem emprego*”¹²⁶. O argumento, que é característico do neoliberalismo, assim insulado, não guarda a menor conformidade com a realidade que lhe serve de fundamento e com cuja interpretação pretende convencer.

Isto quer dizer que, “de per si”, a quebra da pretensa rigidez da regulamentação dos direitos sociais não pode corresponder e não corresponde à superação da crise do Estado Intervencionista. Em verdade, dita crise, desencadeada pela alta de preços do petróleo em 1973, se insere em um contexto institucional em que se questionam a estrutura e os métodos de gestão da produção capitalista, sendo os direitos sociais apenas um dos fatores considerados, e nem sempre o mais importante deles. Assim, para melhor compreensão, destaca Miguel Rodrigues Piñero¹²⁷:

1. a flexibilidade dos direitos sociais não pode se apresentar abstrata e dogmaticamente como a única (e, aí sim, rígida) solução para todos os males das empresas. Um erro frequente é entender a flexibilidade dos direitos sociais como “a solução” para resolver os problemas de desequilíbrio do mercado de trabalho; e

¹²⁵ PIÑERO, Miguel Rodrigues. *La Flexibilidad de la Fuerza del Trabajo y el Derecho Español del Trabajo*. In: *Revista Jurídica do Trabalho*. Salvador: ano II, n. 5, abr/jun de 1989. p.10

¹²⁶ PASTORE, José. *Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva*. São Paulo: LTr, 1994. p.14

¹²⁷ PIÑERO, Miguel Rodrigues. *ob. cit.* p.10-1

2. a liberdade de movimento da empresa se encontra limitada por condicionamentos muito diversificados, referentes tanto a restrições públicas à livre iniciativa, como a compromissos e obrigações com terceiros (entidades financeiras, etc.) e também limitações no plano tecnológico e do tipo de serviço ou produto.

Por outro lado, não se pode negar que o reforço (e não a manutenção) da legislação do trabalho, em situação de desemprego massivo com recessão, enseja um recurso mais intenso ao emprego oculto ou ilegal, aumentando o número de trabalhadores com pouca ou nenhuma proteção. Nessa linha de raciocínio, a defesa da flexibilidade dos direitos sociais, para a direita, é também a exigência de um ajuste empresarial mais eficiente e mais justo com relação aos trabalhadores em geral, pois pretende favorecer, equitativamente, também aqueles hoje não protegidos¹²⁸. E não se trata, como alega a esquerda, de uma reconquista da força empresarial, de uma volta às origens, de um aproveitamento da crise para impor a lei do mais forte.

Não é razoável, a esta altura, deixar de registrar uma crítica à argumentação acima exposta pela direita, inclusive em forma de advertência. De um lado, alega-se que as normas trabalhistas protegem em excesso os trabalhadores, dificultando tanto a adaptação das empresas às exigências do mercado internacionalizado e aos câmbios tecnológicos, quanto a criação de novos postos de ocupação. Contraditoriamente, sustenta-se que essas mesmas normas asseguram modestíssima proteção, dado o número cada vez maior de trabalhadores que se encontram à margem da sua incidência. A bem da verdade, não é o direito do trabalho, isoladamente considerado, que possui o condão de provocar a proliferação do trabalho informal, mas sim as necessidades das empresas modernas de

¹²⁸ MOLINA, José Luis Malo de. ob. cit. p.95

flexibilizar a produção, em discordância com o trabalho formal, que impõem maior disponibilidade à mão de obra¹²⁹.

Mesmo sendo assim, centrada exclusivamente a preocupação da direita com as necessidades das empresas, em desconsideração com as necessidades dos trabalhadores, Luiz Carlos Amorim Robortella defende que, *“se a moderação da proteção ao emprego e o advento de formas atípicas, como expressão da flexibilização, puderem ensejar maior distribuição de postos de trabalho, não se pode descartá-los de plano, ao argumento de que constituem um retrocesso ou uma involução da técnica jurídica trabalhista”*¹³⁰. Ou seja, independentemente da resolução do paradoxo direito do trabalho “versus” trabalho informal, propala-se a adoção pelas empresas da tese “quanto menos obrigação (não só encargos, mas também direitos sociais), mais ocupação”.

O que a experiência internacional tem comprovado até o momento, entretanto, é que a crise econômica em países desenvolvidos, que se sujeitaram à flexibilidade dos direitos sociais, persiste sem haver introduzido qualquer paliativo socialmente sensível, posto que o emprego formal tende a se converter em informal e o emprego informal tende a se tornar mais e mais precário. Outra, aliás, não é a inferência de Jorge Rendon Vasquez, ao afirmar que *“a flexibilização do direito do trabalho (na experiência européia) não produziu os efeitos invocados por seus mentores: facilitar o emprego e relançar a economia; ao invés, conseguiu converter os contratos por*

¹²⁹ DAUBLER, Wolfgang. El Futuro del Derecho del Trabajo. In: Revista Jurídica do Trabalho. Salvador: n. 5, jun de 1989. p.139

¹³⁰ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994. p.101

prazo indeterminado em contratos de breve duração, com ampla rotatividade de trabalhadores e baixos salários”¹³¹.

Precisamente embasados nestes dados, os analistas de esquerda, em regra avessos ao discurso da flexibilidade, defendem que aos seus propugnadores, em verdade, interessa contar com uma massa de trabalhadores desocupados, para regular o mercado da força de trabalho. É a conhecida tese de Karl Marx relativa ao “exército de mão de obra de reserva”. Também nesse sentido, assevera Julio José Viaggio que “*a necessidade de conseguir trabalho sempre constituiu um meio eficaz de coação para impor aos trabalhadores condições laborais leoninas*”. Assim, “*quanto mais desocupados haja, melhor para os empresários*”¹³², de modo que a assertiva do tratamento

¹³¹ VASQUEZ, Jorge Rendon. La Flexibilizacion del Derecho del Trabajo. In: Revista Jurídica do Trabalho. Salvador: ano II, n. 6, jul/set de 1989. p.123. Segundo Luiz Carlos Amorim Robortella, “*na Europa, a flexibilização levou a uma generalizada diminuição dos níveis salariais. Na Inglaterra, imaginou-se que a redução em 1% no valor dos salários poderia criar 110.000 a 220.000 empregos em quatro anos; na Espanha, mediante técnicas de concertação social, os salários foram reduzidos, o que contribuiu para diminuir os índices de inflação. Em ambos os países, contudo, não se produziu melhoria no nível de emprego. Isto porque essas técnicas, aplicadas isoladamente, são insuficientes no plano do emprego; para gerar resultados, teriam que reduzir os salários para níveis muito abaixo do padrão europeu. Também se constata uma evolução das formas de emprego flexível ou precário, através dos chamados contratos atípicos, criando um fosso entre os trabalhadores permanentes e os precários, dada a desigualdade de proteção*”. (ob. cit. p.110-11). Lembra, ainda, Sebastião Antunes Furtado que, “*em Nápoles, por exemplo, vários bairros foram transformados em oficinas ocultas, especializadas principalmente na fabricação de calçados e roupas; estas ‘fábricas’ se deslocam ou desaparecem com rapidez ao menor sinal do controle da inspeção do trabalho*”. O fenômeno da contratação clandestina, para o autor, “*não pode ser imputado à rigidez da legislação trabalhista, pois, na maioria das vezes, a rebeldia surda da clandestinidade se deve à sonegação fiscal, mais rendosa*”. E conclui que “*combater o mercado negro de trabalho abrindo as portas do direito do trabalho, quiçá, não seja o melhor caminho. Caso isso ocorra, não se terá alguns trabalhadores protegidos pela “cidadela”, mas todos desprotegidos*”. (Crise Econômica e Flexibilidade do Mercado de Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 51, set de 1987. p.1063)

¹³² VIAGGIO, Júlio José. En Torno a la Problemática Actual del Derecho del Trabajo. In: Perspectivas do Direito do Trabalho. org.: Beinusz Szmukler. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. p.86

equitativo entre trabalhadores formais e informais não passa de simulacro para se nivelar por baixo os direitos sociais.

Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga acentuam que *“a chamada modernização das relações de trabalho, favorecendo o livre jogo do mercado, apenas facilita a revogação das principais normas trabalhistas que consagram conquistas históricas dos trabalhadores”*¹³³. E reforça o segundo autor, em outra oportunidade, que, *“caso se aceite a contratação em condições precárias, com frequência expressiva e sem os direitos previstos na legislação do trabalho, estar-se-á, até mesmo, admitindo o empobrecimento geral da massa trabalhadora. Estar-se-á, nesta hipótese, legitimando a pressão exercida pela venda da força de trabalho em condições menos vantajosas”*¹³⁴.

Em perspectiva que se pode qualificar de esquerda, na medida em expressa conformidade com os ideais igualitaristas, é a posição defendida pela doutrina social da Igreja Católica, *“na qual se afirma a opção preferencial pelos pobres”*. De acordo com esta opção, *“a defesa do direito do trabalho é uma forma concreta de manifestar a preferência: são pobres sobretudo aqueles que não têm acesso ao trabalho, ou aqueles que, tendo esse acesso, não vêem seus esforços remunerados por um salário justo”*¹³⁵.

Em suma, a proposta de flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho, veiculada como resposta fatalista à crise do Estado Intervencionista, não interessa aos trabalhadores. Dizer

¹³³ VARGAS, Luiz Alberto de. FRAGA, Ricardo Carvalho. Em Defesa do Direito do Trabalho e Contra a Flexibilização no Terceiro Mundo. in: Perspectivas do Direito do Trabalho. cit. p.101

¹³⁴ FRAGA, Ricardo Carvalho. Relação de Emprego e Flexibilização. In: Aspectos dos Direitos Sociais na Nova Constituição. coord.: Ricardo Carvalho Fraga. São Paulo: LTr, 1989. p.85

¹³⁵ ANTONCICH, Ricardo. ob. cit. p.113

que, mesmo nos países da Ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a flexibilidade dos direitos sociais se encontra na ordem do dia, não é razão para se adotar outra postura. Segundo Sémion Ivanov, o que nesse período de transição ocorre com os trabalhadores, nos Ex-Estados socialistas, , *“recorda a situação do último século com seus métodos de capitalismo duro”*. O crescimento da precarização do trabalho genericamente se manifesta. E é preciso mencionar, a título de exemplo, o recurso cada vez maior aos contratos de trabalho de prazo determinado, que, ainda segundo o autor, *“não são a melhor contribuição à segurança dos trabalhadores”*¹³⁶

É possível, todavia, pensar a constituição de uma via intermediária, que, mesmo não sendo a ideal para os trabalhadores, não centra a sua preocupação unicamente nos problemas das empresas. Convém esclarecer que, para que a posição da esquerda com relação à flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho não seja tão monolítica quanto convém que seja, é necessária a observância de alguns mínimos pressupostos, que assegurem importância aos interesses dos trabalhadores :

1. em primeiro lugar, há o entendimento de que, se se quer a modernização da legislação do trabalho, a quebra da rigidez de certos direitos sociais, na lição de Orlando Teixeira da Costa, *“tem que vir metodicamente, através de um processo de flexibilização diferenciada, que não cuide apenas do geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a*

¹³⁶ *“Durante a Perestroika, a aplicação dos contratos de trabalho de prazo determinado se tornou mais larga. No Kasaquistão, estas práticas foram consagradas pela Lei de 15 de dezembro de 1990. O Código de Trabalho da Ucrânia prevê igualmente um largo recurso aos contratos de trabalho com prazo certo”*. (IVANOV, Sémion. Réforme du Droit du Travail en Ex-URSS Lors du Passage de L'Économie Centralisée Vers L'Économie de Marché. In: Revue Internationale de Droit Comparé. Paris: n. 2, abr/jun de 1993. p.452 e 462-3)

carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empregadores e trabalhadores”¹³⁷; e

2. em segundo lugar, há a exigência de que o discurso da flexibilidade, mesmo com critérios diferenciados, se faça acompanhar de uma profunda discussão a respeito da democracia na empresa, com o que menos resistência ele encontra; caso contrário, só se confirma a predisposição de que o discurso da flexibilidade se constitui em um debate reacionário, disposto a reintroduzir nas relações de trabalho, em detrimento do trabalhador, a ditadura do empregador.

Como resume José Maria Zufiar, em reforço do regime de democracia na empresa, expressamente aventado no tópico 2, *“se se quer abordar seriamente, entre trabalhadores e empregadores, a modernização da empresa (contexto maior em que se insere o debate em torno dos direitos sociais), ter-se-á que adotar um novo conceito de empresa. Com um conceito autoritário de empresa, com um conceito monárquico de empresa, poder-se-á impor um modelo de flexibilidade, mas não negociá-lo”*. O que significa dizer que: *“negociar é (antes de tudo) efetiva participação na empresa”*¹³⁸.

2.1.5. As Formas de Rigidez e os Contrapontos Flexíveis

Para Cássio Mesquita Barros, *“cada país pode apresentar uma rigidez, real ou presumida, diferente da rigidez que pode existir em outro país”*¹³⁹. Todavia, em que pese a diversidade de experiências implícita ao tema, a rigidez se pode classificar, por

¹³⁷ COSTA, Orlando Teixeira da. Direito Coletivo do Trabalho e Crise Econômica. São Paulo: LTr, 1991. p.87

¹³⁸ ZUFIAR, José Maria. Punto de Vista Sindical. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. cit. p.143

¹³⁹ BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 59, ag de 1995. p.1035

esforço de organização, em duas grandes vertentes: a rigidez externa e a rigidez interna. Assim, a chamada rigidez externa se constitui na impossibilidade de os empregadores modificarem o volume de seu pessoal sem a intervenção estatal, bem como na previsão de procedimentos formais de proteção contra a dispensa:

1. no primeiro caso, a Itália está presente, pois o recrutamento dos trabalhadores, durante muitos anos, esteve teoricamente controlado por um serviço público de colocação (modificações: lei n° 56/87, lei n° 223/91 e lei n° 863/94); e

2. no segundo caso, há o exemplo mais rígido dos Países Baixos e do Perú, onde é condição prévia para a dispensa do trabalhador a justificação em audiência pública¹⁴⁰. Também se prestam no caso os exemplos menos rígidos e mais disseminados de proteção contra a dispensa arbitrária e sem justa causa, com controle administrativo ou judicial “a posteriori”.

Em contraponto, o discurso da flexibilidade externa advoga uma série de práticas mediante as quais os empregadores ajustam rapidamente a utilização direta de trabalhadores, bem como a sua dispensa, sem formalidades e sem a interferência estatal. A prática mais generalizada, segundo Michael Storper e Allen Scott, “*é a rotação, cuja singularidade consiste na dispensa temporária do trabalhador e na sua posterior reincorporação à empresa, conjugando as vantagens da flexibilidade no emprego com a reserva de mão de obra*”. Outra prática também generalizada, ainda conforme os autores, “*é o aumento da proporção de trabalhadores temporários em relação aos trabalhadores permanentes da empresa*”. E, talvez mais antiga que as

¹⁴⁰ Na França, devido à pressão empresarial, o governo de Chirac (1986-7) suprimiu o requisito da autorização administrativa de um inspetor do trabalho antes da dispensa coletiva.

anteriores, há ainda “a prática da subcontratação de outras empresas”¹⁴¹, para o fornecimento de produtos ou serviços, e que se tem generalizado, inclusive no Brasil, sob o rótulo da terceirização.

A chamada rigidez interna, por sua vez, diz respeito aos entraves à mobilidade funcional do pessoal de uma empresa. Em regra, o seu fundamento legal é o princípio de que não se deve rebaixar a qualificação profissional de um dado posto de trabalho, ainda que seja premente a necessidade da empresa. No Uruguai, por exemplo, o sistema de classificações profissionais, “estabelecido pelos Conselhos de Salários, é acusado de criar rigidez e fomentar inamovibilidade da mão de obra no setor industrial”¹⁴².

Já o discurso da flexibilidade interna, contraponto correspondente à chamada rigidez interna, defende a polivalência funcional, que concerne, segundo Hector Lucena, “na supressão dos vínculos rígidos entre o trabalhador e um determinado posto de ocupação, com a finalidade de facilitar os processos de renovação tecnológica e de desconcentração produtiva”¹⁴³. Para a implementação fática do discurso, cumpre sejam superadas: as estruturas rígidas das empresas, que dificultam a mobilidade dos postos de ocupação, as práticas pouco maleáveis das direções de pessoal e a baixa formação escolar dos trabalhadores.

Michael Storper e Allen Scott acreditam que, em certos casos, a proteção do emprego pode vincular-se de forma positiva com a flexibilidade interna, “sobretudo quando se trata de preservar um valioso capital humano específico da empresa”. A

¹⁴¹ STORPER, Michael. SCOTT, Allen. La Organización y los Mercados del Trabajo en la Era de la Producción Flexible. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 109, n. 3, 1990. p.442-3

¹⁴² BARROS, Cássio Mesquita. ob. cit. p.1035

¹⁴³ LUCENA, Hector. La Flexibilización Neoliberal en Venezuela. In: Revista Nueva Sociedad. Caracas: n. 110, dez de 1990. p.153-4

flexibilidade externa, entretanto, não possui efeitos positivos sobre a proteção do emprego. Mesmo assim, de ambas as vertentes da flexibilidade, pode-se exemplificar o malefício causado aos trabalhadores, em análise da experiência em empresas dos Estados Unidos da América, mediante os seguintes efeitos decorrentes¹⁴⁴:

1. os aumentos e as diminuições rápidas da demanda de mão de obra das empresas;

2. a redução do número de trabalhadores que desfrutam da proteção do emprego e aumento do número de trabalhadores em condições precárias;

3. o rápido aumento de empresas ou unidades de produção vulneráveis ou dependentes;

4. o aumento da assistência pública e de outros gastos para fazer frente a problemas como a violência e a droga; e

5. a decadência dos sindicatos tradicionais e a redução do poder político da classe trabalhadora.

2.1.6. Os Modelos de Flexibilidade

Em resposta às diversas formas de rigidez e aos correspondentes contrapontos flexíveis, somando-se ainda as hipóteses não referidas de flexibilidade do tempo de trabalho¹⁴⁵ e de flexibilidade salarial¹⁴⁶, basicamente três são os modelos possíveis de

¹⁴⁴ STORPER, Michael. SCOTT, Allen. ob. cit. p.458-9

¹⁴⁵ Entre os exemplos de flexibilização legislativa do tempo de trabalho, cumpre citar: 1. a redução das restrições que regiam o trabalho de dedicação parcial (Itália); e 2. a faculdade que se reconhece aos empregadores de organizar mais flexivelmente o tempo de trabalho ao longo de um ano (Espanha).

¹⁴⁶ A relação entre salários e produtividade ou rendimento líquido se presta a grandes controvérsias. Sabendo-se que, em regra, os trabalhadores não participam da direção da empresa, não parece razoável devam comungar dos seus insucessos. Se o risco do negócio é do empregador, não se pode impor o prejuízo da empresa ao trabalhador. O que se justifica é a participação do trabalhador nos lucros ou

flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho: 1. o modelo impositivo (em tese, o modelo da autonomia da vontade), que pretende devolver ao empregador o poder de fixar unilateralmente as condições de trabalho, mediante a minoração e a supressão dos direitos sociais; 2. o modelo anglo-saxão, que, por possuir pouca legislação social, procede à adaptação dos direitos sociais através das negociações coletivas entre sindicatos patronais e de trabalhadores, e 3. o modelo negociado, em certo aspecto consagrado pela Constituição Federal de 1988¹⁴⁷, que, sem eliminar a previsão legal dos direitos sociais, permite aos trabalhadores e aos empregadores, mediante a autonomia coletiva dos sindicatos, negociar novas condições de trabalho¹⁴⁸.

No que concerne ao modelo impositivo, em que se retoma o mito da “ livre negociação” de caráter individual entre trabalhador e empregador, como é a experiência de Hong Kong e da Coréia do Sul¹⁴⁹, o que se pretende é a confirmação da excelência da

resultados da empresa, posto que cria, em seu benefício, um ambiente de estímulo para a produção. A Constituição Federal de 1988, adotando a vertente flexível, consagra a relação entre salários e produtividade ou rendimento líquido, na medida em que prevê que “a participação nos lucros ou resultados não se vincula à remuneração” (artigo 7º, inciso XI). Assim, a flexibilidade salarial se manifesta, em favor também do empregador, em decorrência da não incidência de encargos sociais sobre a parcela de “participação”, já que desvinculada da remuneração.

¹⁴⁷ A rigor: “Constituição da República Federativa do Brasil”, conforme advertência metodológica de Cesar Luiz Pasold.

¹⁴⁸ Artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV

¹⁴⁹ Segundo José Pastore, “*Hong Kong apresenta o mais alto grau de flexibilidade do mercado de trabalho asiático. Ali predominam os contratos individuais. A contratação coletiva é praticada somente em algumas empresas estatais e órgãos da administração direta, como hospitais e escolas. Todo o resto é regido por contratos individuais informais. A legislação trabalhista de Hong Kong é das mais limitadas do mundo. Nem o salário mínimo é fixado por lei. (...) A força de trabalho é altamente móvel: as pessoas vão trabalhar onde há trabalho. A ética do trabalho valoriza quem trabalha intensamente. São muito comuns a terceirização, a subcontratação e o emprego temporário para se cumprir metas determinadas por encomendas esporádicas recebidas pelas empresas, em geral, pequenas. (...) O movimento sindical é pouco desenvolvido em Hong Kong. (...) A legislação trabalhista também não garante o direito de greve*”. (ob. cit. p.96-7) Segundo recente reportagem, “*sem experiência de como lidar com sindicatos organizados e prestes a inaugurar uma fábrica em Manaus, a Samsung se reuniu na primeira*

Constituição Liberal, alijando o Estado do seu papel intervencionista e entronizando as normas de direito civil na contratação de trabalho, conforme as relações sociais do século XIX.

Tal modelo de flexibilidade, segundo os analistas de esquerda, se presta a um retorno irresponsável na história recente da questão social¹⁵⁰, pois, como é cediço, e melhor lembrado na lição de Américo Plá Rodrigues, “o direito do trabalho (em realce do ideal de igualdade) surgiu como resposta à liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais, que conduzia a diversas formas de exploração”. E assim surgiu, segundo o autor, porque “o direito do trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades”¹⁵¹. Desigualdades sociais às quais o modelo impositivo não apresenta solução senão econômica.

Quanto ao modelo anglo-saxão, cujo exemplo de descentralização nos planos local e empresarial são os Estados

semana de novembro de 1995 com o presidente da CUT; Vicentinho. Os empresários coreanos estavam interessados em saber com detalhes como se decide fazer uma greve no Brasil. Na Coreia do Sul é proibida a formação de sindicatos em quaisquer das empresas do grupo Samsung, o maior daquele país, com faturamento anual de US\$ 64 bilhões. Não se diz oficialmente, mas um dos critérios para seleção dos técnicos brasileiros foi a não filiação a sindicato”. (Revista Isto É. São Paulo: de 08.11.95. p.65)

¹⁵⁰ Segundo Raffaele Di Giorgi e Realino Marra, “na assunção do poder político (com a Revolução Francesa), a instância fundamental da classe burguesa é sobretudo uma exigência de liberdade. Liberdade da ingerência do Estado, dos vínculos e dos controles institucionais. Procura-se garantir o natural funcionamento do mercado e da economia, eliminando restrições, privilégios e monopólios. Para o futuro, o Estado novo, o Estado da burguesia, não deve intervir nas matérias e nas funções da sociedade civil; deve “lasciar fare”, segundo os princípios da ideologia liberal (que se difunde sobretudo graças à obra de Adam Smith). Liberdade, então, equivale à liberdade de troca, à afirmação do contrato entre privados como a relação jurídica por excelência, como a forma típica das relações sociais”. (Manuale di Diritto del Lavoro e Legislazione Sociale. Bologna: Zanichelli, 1983. p.7)

¹⁵¹ RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. trad.: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993. p.30

Unidos da América¹⁵², pode-se ponderar que, não sendo o Brasil um país de experiência consuetudinária, mas sim legalista¹⁵³, a pura e simples transferência dos direitos sociais da legislação para a negociação resultará na orfandade de grande parcela social, ainda mais que o Brasil não possui sindicatos homogeneamente fortes; havendo mesmo diversas categorias profissionais em diversos Estados da Federação sequer organizadas em sindicatos, mesmo fracos¹⁵⁴.

Não se pode deixar de apontar, em que pese o seu dinamismo intrínseco, as terríveis consequências sociais desse modelo de flexibilidade, como o faz Orlando Teixeira da Costa, ressaltando, dentre elas, a disseminação do trabalho manual, que,

¹⁵² De acordo com José Pastore, *“nos Estados Unidos da América, a negociação nunca foi centralizada, a não ser para alguns setores (portos, aço, transportadores e poucos outros). A grande maioria dos contratos é firmada a nível local e empresarial. (...) Muitas negociações já descem para os estabelecimentos e até para os departamentos das empresas. Nelas, as partes ajustam novos tipos de jornada de trabalho, reduções da estrutura de cargos e salários e maior flexibilidade para contratar, descontratar, terceirizar e remunerar com base na produtividade do trabalho. (...) De modo geral, o declínio da sindicalização americana foi acompanhado por um aumento da produtividade e participação dos trabalhadores. Hoje, os sindicatos estão sendo desafiados a ajudar na preparação dos recursos humanos para um sistema de produção que coloca mais ênfase na administração descentralizada, na produção sob medida e no desenvolvimento da carreira pela via da especialização”*. (ob. cit. p.36 “usque” 40). Não se deve ocultar, por paradoxal que pareça, que, quanto mais descentralizada é a negociação, menor é o grau de sindicalização de um país. E os Estados Unidos da América são exemplo de país de sindicatos pouco representativos, conforme se infere do Informe da Organização Internacional do Trabalho, analisado no item 3.2.3..

¹⁵³ Conforme inferência de José Pastore, *“a implantação desse sistema no Brasil exigirá que o grosso dos direitos e deveres trabalhistas venha a ser retirado da legislação e colocado no contrato coletivo. Trata-se, sem dúvida, de uma solução bem mais flexível do que a lei. Afinal, é sempre mais fácil mudar um contrato do que uma lei”*. (Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva. São Paulo: LTr, 1994. p.181)

¹⁵⁴ Com o que concorda Arnaldo Sussekind ao esclarecer que *“o Brasil é um país desigualmente desenvolvido, no qual regiões plenamente desenvolvidas convivem com outras em via de desenvolvimento e outras subdesenvolvidas. Só nas primeiras existem sindicatos fortes, autenticamente representativos dos trabalhadores, porque o espírito sindical é um dado sociológico que emana das grandes concentrações operárias, próprias das regiões economicamente desenvolvidas”*. (apud: VARGAS, Luiz Alberto de. FRAGA, Ricardo Carvalho. In: ob. cit. p.104)

contraditoriamente, caminha em sentido inverso a um dos alegados fatores da crise do Estado Intervencionista: os avanços tecnológicos¹⁵⁵. Por absurdo que pareça, como consequência social da flexibilização, tem-se assistido, de acordo com o autor, *“ao rápido aumento de empresas ou unidades de produção não mecanizadas, utilizadoras, tão somente, de trabalho manual, que recordam as tristes condições de trabalho do século XIX em muitas cidades dos Estados Unidos da América”*. Assim, mesmo em um país do Primeiro Mundo, como são os Estados Unidos da América, a quase ausência de legislação social e a negociação coletiva em níveis pulverizados, têm composto um quadro aterrador, *“vitimando principalmente os trabalhadores não qualificados, na maioria das vezes mulheres e imigrantes”*¹⁵⁶.

A respeito do modelo negociado, que se vem difundindo nos países de tradição romanista, pode-se dizer que, em conciliando a proposta de flexibilidade das normas trabalhistas através da negociação de caráter não individual com um mínimo de regulamentação dos direitos sociais, busca ele progressivamente substituir a proteção do Estado pela proteção sindical¹⁵⁷. Advirta-se,

¹⁵⁵ vide nota relativa aos fatores da crise do Estado Intervencionista.

¹⁵⁶ COSTA, Orlando Teixeira da. Reflexões Preliminares sobre a Renúncia e a Transação num Processo de Flexibilização Laboral. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9º Região. Curitiba: v. 16, n. 01, jan/jun de 1991. p.76

¹⁵⁷ De acordo com Orlando Teixeira da Costa, a substituição da forma de proteção dos direitos sociais *“é desejável, mas nem sempre possível. É desejável porque são os trabalhadores quem transige, protegidos pelo sindicato da sua categoria profissional, mas nem sempre é possível porque não são todos os países e, dentro de cada um deles, não são todas as regiões que apresentam sindicatos em condições de exercer uma tutela eficaz, em substituição à do Estado, operada através da lei”* (ob. cit. p.73-4). Guy Poulain, em reforço da tese da substituição da forma de proteção dos direitos sociais, assevera que *“o primeiro plano da cena relativa à atuais mutações do direito do trabalho está ocupado pelas lutas e reivindicações sindicais para a consolidação das conquistas em matéria de direitos coletivos. De sorte que o contrato, instrumento privilegiado das relações individuais e fator importante de progresso social, parece restar na sombra e constituir uma ilha de estatismo no seio deste direito em perpétua efervescência”*. (Les Tendences Récentes de la Jurisprudence en Matière de Determination de la

entretanto, com amparo em Boaventura de Souza Santos, que “o que na aparência é um processo de retração do Estado pode ser, em realidade, um processo de expansão do Estado. Só que, em vez de se expandir através de seus aparelhos burocráticos formais, o Estado expande-se sob a forma organizada da sociedade civil”¹⁵⁸.

Ainda assim, com a característica, quiçá aparente, de conciliar a tradição romanista de países, como o Brasil, onde a lei é a principal fonte do direito, com a negociação coletiva em torno dos direitos sociais, com vistas à sua flexibilização, o modelo negociado pode apresentar três modalidades distintas:

a) a primeira, que permite inclusive a negociação coletiva dos mais elementares direitos sociais, em havendo sindicatos fortes, como é o exemplo latente constante do anteprojeto de lei elaborado pela Comissão de Modernização da Legislação Trabalhista. De acordo com João de Lima Teixeira Filho, o propósito desse anteprojeto de lei é o de “passar de um regime que tem na lei a principal forma de determinação das condições de trabalho para um modelo que viabiliza o entendimento dos interlocutores sociais, dando-lhes os instrumentos necessários a que eles próprios construam, autonomamente, o conjunto de regras que satisfaçam suas aspirações e amoldem-se às realidades em que estão inseridos”. Nessa vertente, “a rigidez da lei cede lugar à possibilidade de modelagem consensual dos institutos trabalhistas através de negociação coletiva, que é protagonizada por um intérprete insuspeito, o sindicato”. Dessa forma, “só quando não houver convergência de vontades, ou quando silentes

Durée du Contrat du Travail. In: Tendances du Droit du Travail Français Contemporain. Études Offertes à G. H. Camerlynck. Paris: Dalloz, 1978. p.63)

¹⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. In: Revista de Ciências Sociais. Lisboa: n. 30, 1990. p.13

*as partes, aí sim atua a lei, mas vista como uma rede de proteção mínima ao trabalhador, na ausência de estipulação negociada*¹⁵⁹.

b) a segunda, que só permite a negociação coletiva a partir de um mínimo de regulamentação, em que pese a existência de sindicatos fortes, como é o exemplo da França¹⁶⁰ e, em certo sentido, também o exemplo latente constante do projeto da Nova Lei do Trabalho. Na exposição de motivos do projeto da Nova Lei do Trabalho, inserta na mensagem n° 1135, de 08 de dezembro de 1994, o então Ministro de Estado do Trabalho, Marcelo Pimentel, ressalta como importante característica a conferência de “*caráter dispositivo à maioria das normas legais, exclusivamente para efeito de negociação coletiva*”. Com efeito, no artigo 7º, “caput”, do projeto encaminhado sob o número 4864/94, se assenta a determinação de que “*os direitos aqui previstos, salvo a transação, sob a necessária assistência jurídica ao trabalhador, são irrenunciáveis*”. E o parágrafo único reforça este propósito ao asseverar que, “*salvo os derivados de normas constitucionais, de convenções internacionais em vigor no país e os constantes do artigo 24 e dos capítulos I, II, V, VIII, IX e X desta lei (por exemplo, o salário mínimo), quando neles não haja previsão*

¹⁵⁹ TEIXEIRA Filho, João de Lima. A Reformulação da Legislação do Trabalho. In: Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: de 13 de janeiro de 1993. p.11

¹⁶⁰ “Na França, o sistema de relações de trabalho sempre foi muito dependente das leis e bastante ligado ao Estado. Mas, nos últimos cinco anos, o Estado vem usando a legislação exatamente para criar as condições de flexibilização e garantir aos trabalhadores maiores direitos de participação. No final de 1993, o governo enviou ao Congresso Nacional uma proposta que reduz a jornada de trabalho em 20% e os salários em 15%”. (PASTORE, José. Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Negociação Coletiva. cit. p.24) Para Tiziano Treu, a flexibilidade dos direitos sociais na Europa possui duas características principais: “em primeiro lugar, o papel preponderante que desempenha a legislação, orientada em grande medida a eliminar as rigidezes da tradicional regulamentação trabalhista; em segundo lugar, um modo fundamentalmente consensual de buscar soluções, inclusive com a participação do governo”. (La Flexibilidad Laboral en Europa. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 112, n. 2, 1993. p.231)

*expressa, os demais direitos constantes desta lei são disponíveis para o acordo, a convenção ou o contrato coletivo, desde que não sejam menos favoráveis ao trabalhador em seu conjunto”*¹⁶¹.

c) a terceira, que admite a negociação coletiva somente para certos assuntos, por exemplo: jornada de trabalho, havendo ou não sindicatos fortes. Este é, em parte, o caso brasileiro.

2.1.7. O Caso Brasileiro

Não há como negar que o Brasil se constituiu em um Estado Intervencionista, pelo menos desde a década de 30¹⁶², e cuja Constituição vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, é exemplo de Constituição Econômica. Para os analistas de esquerda, a atual Constituição brasileira se insere dentro de um dos modelos de flexibilidade dos direitos sociais, seja expressamente, como quando autoriza, mediante negociação coletiva, a redução salarial¹⁶³, a minoração da jornada de trabalho normal¹⁶⁴ e a reformulação da jornada em turno ininterrupto de revezamento¹⁶⁵, seja implicitamente, como quando remete à legislação complementar a proteção da relação de

¹⁶¹ ”. (apud: PIMENTEL, Marcelo. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: ano VI, n. 66, dezembro de 1994. p.110-34)

¹⁶² “É fundamental observar que a questão social surgiu então como a grande marca distintiva e legitimadora dos acontecimentos políticos pós-30. A revolução e principalmente o estabelecimento do Estado Novo distinguiram-se de todos os demais fatos da nossa história, na medida em que se afastavam das meras preocupações formais, para mergulhar nas profundezas de nossas questões econômicas e sociais”. (GOMES, Angela de Castro. A Invenção do Trabalho. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1988. p.214). Entretanto, lembra Evaristo de Moraes Filho que, com tal assertiva, “se comete flagrante injustiça e grave engano contra os anos da chamada Primeira República, como se todo aquele período houvesse passado em brancas nuvens, à espera de um legislador providencial”. (A Filosofia Social da Legislação do Trabalho Brasileira. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: n. 64, ano 11, nov/dez de 1986. p.3)

¹⁶³ Artigo 7º, inciso VI

¹⁶⁴ Artigo 7º, inciso XIII

¹⁶⁵ Artigo 7º, inciso XIV

emprego, omitindo-se acerca da estabilidade¹⁶⁶. Já os analistas de direita se opõe a esta afirmativa de flexibilidade, mesmo no que se refere às previsões constitucionais expressas, alegando, para tanto, a existência de amarras institucionais dentro do ordenamento jurídico-constitucional, que, ao inibirem faticamente a negociação coletiva, tornam a atual Constituição brasileira mais rígida do que as anteriores. De acordo com a análise da direita, as Constituições pretéritas, diferentemente da Constituição de 1988, permitiam ao empregador, por exemplo, a redução geral dos salários dos trabalhadores, ocorrendo motivo de força maior ou prejuízos da empresa devidamente comprovados¹⁶⁷. Hipótese não mais admitida pela atual ordem constitucional.

¹⁶⁶ Artigo 7º, inciso I

¹⁶⁷ “É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos trabalhadores da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25%, respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região”. (artigo 503, da Consolidação das Leis do Trabalho)

3. CRÍTICA ÀS AMARRAS INSTITUCIONAIS DA RIGIDEZ DOS DIREITOS SOCIAIS

Se a identificação da rigidez ou da flexibilidade da Constituição Econômica necessariamente passa pela análise jurídica dos direitos sociais nela previstos, incompleto é o empreendimento se desconsidera as amarras institucionais que conferem a essa identificação sustentação de fato. Para os analistas de direita, entende-se por amarras institucionais, no caso brasileiro, o conjunto de meios de apoio, igualmente insertos no regramento dos poderes e na declaração de direitos da Constituição Econômica, que, a pretexto de auxiliarem, inibem a ocorrência da negociação coletiva, frustrando até mesmo a implementação das hipóteses de flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho previstas na Constituição Federal de 1988.

Do ponto de vista do regramento dos poderes, mais precisamente do Poder Judiciário, é considerada amarra institucional: a organização trabalhista paritária, que hospeda nos quadros da Justiça Especializada juízes classistas temporários egressos das fileiras integradas pelas próprias partes em conflito, mediante a indicação por listas elaboradas pelas representações sindicais. Como se pretende demonstrar, a crítica a esta amarra institucional não é exclusiva da direita, dela participando também a esquerda. Sendo comum a ambas, portanto, tanto a constatação de parcialidade e incompetência da intervenção dos juízes temporários classistas, quanto a consciência da necessidade de sua realocação para um ambiente de autocomposição (*comissões de fábrica*). É o que se discute no item 3.1.3..

Ainda conforme ao regramento dos poderes, também é considerada amarra institucional: o poder exercido através da sentença normativa, que confere aos juízes do trabalho integrantes dos

Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, na medida em que se frustra a negociação coletiva entre as partes, a possibilidade de, independentemente de lei, criar novas condições de trabalho. Para a direita, os maiores inconvenientes desta amarra institucional são: a substituição constante da negociação coletiva pela intervenção jurisdicional e o caráter genérico das cláusulas resultantes do dissídio coletivo. A esquerda, por sua vez, embora plurivocamente, defende a manutenção da sentença normativa, ao argumento de que a sua supressão, no atual quadro sindical brasileiro, enseja a orfandade de grande parcela de trabalhadores, que se encontra estruturalmente alijada do “poder de barganha”. Este é o assunto enfrentado no item 3.1.4.1..

No que tange à declaração de direitos da Constituição Econômica, a crítica às amarras institucionais se dirige à organização sindical brasileira, enquanto “direito social” previsto no artigo 8º, da Constituição Federal de 1988. A maior insurgência diz respeito ao princípio da unicidade sindical, que, impossibilitando a existência de mais de um sindicato representativo da mesma categoria na mesma base territorial, frustra inclusive a proposta da direita de sindicatos por empresa. A esquerda defende a unicidade, em oposição à pluralidade sindical, também de modo não unívoco, amparando-se, regra geral, na assertiva de que a consequência mais imediata da sua eliminação é a “redução a pó”, ou a pulverização, do atual sindicalismo nacional. Tal tema é aprofundado no item 3.2.3..

3.1. AS AMARRAS INSTITUCIONAIS INSERTAS NO PODER JUDICIÁRIO DO TRABALHO

3.1.1. Histórico da Justiça do Trabalho no Brasil

A Justiça do Trabalho¹⁶⁸ no Brasil teve o seu primeiro assento constitucional em 1934, precisamente no artigo 122¹⁶⁹, não obstante infra-constitucionalmente já houvesse a seu respeito antecedentes legais¹⁷⁰. Da mesma forma que a Constituição Federal de

¹⁶⁸ Cumpre esclarecer, com Julio Raffo, que “*uma coisa é a Justiça como valor, que poderá ou não existir, ou poderá ou não ser alcançado mediante as decisões dos conflitos que se submetem ao poder de certos homens de carne, osso e interesses; outra coisa - muito distinta - é esse conjunto de homens que, enquanto parte do aparato do Estado, têm a seu cargo a resolução desses conflitos. Os homens que constituem essa organização burocrática, conhecida como Poder Judiciário, têm o hábito de se chamar a si mesmos “a Justiça”, contribuindo para que se confunda um valor com um pedaço de estrutura estatal*”. (Sobre los Jueces y la Justicia. In: Revista Sequência. Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: n. 26, jul de 1993. p.82)

¹⁶⁹ Segundo o “caput”, do artigo 122: “*Para dirimir questões entre empregados e empregadores, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV, do Título I*” (esclareça-se que o referido capítulo dispunha sobre as normas concernentes ao Poder Judiciário, insertas no título da Organização Federal; e o artigo 122 se encontrava no título da Ordem Econômica e Social). De acordo com o parágrafo único, do artigo 122: “*A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas de empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade intelectual e moral*”.

¹⁷⁰ Exemplo disso é a lei estadual paulista n° 1869, de 10 de novembro de 1922, que criou uma Justiça Rural do Trabalho, mediante representação classista. José Alberto Couto Maciel informa que, “*curiosa evolução dessa legislação, inicialmente dirigida aos rurícolas, serviu de base para toda a estrutura posterior da Justiça do Trabalho, adotada dez anos mais tarde e com objetivos específicos de solucionar os conflitos de trabalhadores urbanos*”. Informa ainda que, “*através do Decreto n° 22.132, de 25 de novembro de 1932, foram criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento, com a finalidade de solucionar os conflitos individuais de trabalho, sendo também criadas as Comissões Mistas de Conciliação, para decidir os conflitos coletivos* (Decreto n° 21.396, de 12 de maio de 1932). Tais órgãos, porém não possuíam autonomia, vinculados que eram ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, sendo suas execuções realizadas através da

1934, a Constituição de 1937¹⁷¹ previu a instituição da Justiça do Trabalho, em seu artigo 139¹⁷², com os mesmos contornos de organização administrativa, não judicial¹⁷³. Somente com a Constituição Federal de 1946, em seus artigos 122 e 123¹⁷⁴, a Justiça do Trabalho obteve autonomia, passando a integrar a estrutura do Poder Judiciário Brasileiro, como ramo jurisdicional especializado.

Desde a sua instalação, em 1º de maio de 1941, a Justiça do Trabalho se apresentou sob inspiração da ideologia corporativista¹⁷⁵, a exemplo da Magistratura do Trabalho Italiana

Justiça Comum". (A Justiça do Trabalho no Brasil. In: Revista LTr. São Paulo: ano 46, fev de 1982. p.136)

¹⁷¹ Aqui, o emprego do adjetivo "Federal", que acompanha nesta dissertação todas as referências constitucionais, não é adequado. Conforme a lembrança de Cesar Luiz Pasold, "o texto da Polaca", de fato e quase totalmente de direito, arrebitou com a incipiente "experiência federativa brasileira".

¹⁷² Segundo o "caput", do artigo 139: "Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça Comum".

¹⁷³ A Justiça do Trabalho foi regulada e regulamentada, respectivamente, nos anos de 1939 e 1940, vindo a ser inaugurada em todo o país em data de 1º de maio de 1941.

¹⁷⁴ Ambos os artigos se encontram insertos no Capítulo IV, que disciplina o Poder Judiciário.

¹⁷⁵ Segundo a oposição de Elson Guimarães Gottschalk: "é oportuno declarar-se não se tratar de um legado fascista, como inadvertidamente muitos pensam, impressionados talvez pela similaridade da arbitragem obrigatória dos conflitos coletivos (dissídios coletivos), que esta sim fora a característica da magistratura do trabalho italiana, à época da criação, da Justiça do Trabalho no Brasil. Mesmo considerando-se o traço comum da arbitragem obrigatória dos conflitos dessa espécie, é bom recordar-se que a arbitragem obrigatória já vinha sendo praticada, à época, por países não fascistas, como a Austrália e a Nova Zelândia, dentre outros". (A Constituinte e a Justiça do Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 50, jan de 1986. p.7). Já de acordo com Octávio Bueno Magano: "em 10 de novembro de 1937, converteu Getúlio Vargas o namoro com Benito Mussolini em casamento, transpondo para a Carta Constitucional, da mesma data, trechos da Carta del Lavoro, de 1927, copiados com papel carbono. No mesmo preceito em que instituiu a Justiça do Trabalho, fez constar que a greve e o locaute deveriam ser tidos como recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional (artigo 139). As duas idéias realmente se conjugavam, porque o desígnio do governo era desestimular os procedimentos de auto-composição, que supõem a possibilidade de

instalada no ano de 1926¹⁷⁶. Antes de mais nada, cumpre dizer que se entende por inspiração corporativista a ideologia de uma certa concepção de Estado Intervencionista, em que o conflito de interesses entre trabalhadores e empregadores é institucionalmente neutralizado, quer mediante a organização das partes conflitantes em corporações do Estado-executivo, enquanto modalidade de intervenção indireta, quer mediante a presença do Estado-juiz na resolução de dissídios coletivos, enquanto modalidade de intervenção direta¹⁷⁷.

Com o Decreto-Lei n° 9777, de 09 de setembro de 1946, a Justiça do Trabalho foi organizada como ramo especializado integrante do Poder Judiciário, mantendo-lhe o poder normativo, elemento característico da inspiração corporativista, bem como a representatividade de trabalhadores e empregadores em seus quadros, corolário da organização paritária. A Constituição Federal de 1967¹⁷⁸, a Emenda Constitucional n° 1, de 1969¹⁷⁹ e a Constituição

greve, e preencher o claro com o poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho". (Justiça do Trabalho. In: O Estado de São Paulo. São Paulo: de 07.11.95. p.14)

¹⁷⁶ "A Lei n° 563, de 03.04.26, atribuiu à Corte de Apelação funções de Magistratura do Trabalho, deferidas para as controvérsias individuais (em grau de apelo), e para aquelas coletivas; nesta hipótese, decidia-se segundo a equidade, contemporando os interesses dos empregadores com os dos trabalhadores e tutelando, em cada caso, os interesses superiores da produção". (GIORGI, Raffaele De. MARRA, Realino. ob. cit. p.14). O inciso V, da Carta del Lavoro de 1927, dispunha: "a magistratura do trabalho é o órgão com o qual o Estado intervém regulando as controvérsias do trabalho, sejam as referentes sobre a observância dos acordos ou outras normas existentes, sejam as que versem sobre a determinação de novas condições de trabalho".

¹⁷⁷ "A filosofia do corporativismo, bem estampada na própria imagem do "fascio" (feixe de galhos reunidos, simbolizando a força que provém da união), tem como fundamento a colaboração e não a luta de classes para o desenvolvimento do Estado. Assim, as associações de trabalhadores - os sindicatos - são tidos como órgãos do Estado para regularização das condições laborais, visando à proteção dos interesses dos trabalhadores". (MARTINS Filho, Ives Gandra. Processo Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994. p.15)

¹⁷⁸ Artigos 133, 134 e 135

¹⁷⁹ Artigos 141, 142 e 143

Federal de 1988¹⁸⁰, muito embora a supressão histórica da experiência italiana¹⁸¹ e o retorno intermitente do Brasil ao exercício da democracia, mantiveram incólume a organização original da Justiça do Trabalho.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento, a Justiça do Trabalho, com basicamente a mesma estrutura e a mesma competência desde a sua origem, possui os seguintes aspectos peculiares, que diferenciam os seus dos demais órgãos jurisdicionais¹⁸²:

- a) destinam-se a atuar um ramo do direito, o direito do trabalho;
- b) são colegiados em todos os seus níveis, isto é, integrados por mais de um juiz, todos decidindo sobre o mesmo caso concreto;
- c) são paritários, significando que dentre os juízes que os integram, alguns representam os interesses das próprias partes, provindos das categorias econômicas e profissionais, enquanto que outros são juízes denominados togados;
- e d) não há, na primeira instância, órgãos especializados para uma determinada matéria trabalhista, como pode existir na Justiça Comum.

3.1.2. A Justiça do Trabalho na Constituição Federal de 1988

O primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 a tratar da Justiça do Trabalho, o artigo 111, discorre acerca dos seus órgãos jurisdicionais, prevendo como órgão de cúpula o Tribunal Superior do Trabalho, como órgãos intermediários os Tribunais Regionais do Trabalho¹⁸³, dispondo o artigo 112 a respeito da existência de pelo menos um em cada Estado e no Distrito Federal, e como órgãos

¹⁸⁰ Artigos 111, 112, 113, 114, 115, 116 e 117

¹⁸¹ Com a Constituição de 1948, em vigor desde 1º de janeiro, a Itália eliminou do seu ordenamento jurídico os traços corporativistas que persistiam, assumindo-se um Estado Republicano.

¹⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1990. p.52-3

¹⁸³ O artigo 115 discorre sobre os critérios de composição dos Tribunais Regionais do Trabalho

de imediato acesso as Juntas de Conciliação e Julgamento¹⁸⁴, dispondo também o artigo 112 sobre a possibilidade de se atribuir a sua jurisdição aos juízes de direito, órgãos jurisdicionais da Justiça Comum, nas comarcas em que elas não forem instituídas.

O artigo 113, da Constituição Federal de 1988, reafirma a organização paritária da Justiça do Trabalho, assegurando a representatividade de trabalhadores e empregadores. E o artigo 117 prevê que o mandato dos representantes classistas, em todas as instâncias, é de 03 (três) anos. Segundo José Cretella Jr., “*a consagração dos juízes temporários classistas, na constituição dos órgãos da Justiça do Trabalho, em regras jurídicas constitucionais, é recente, aparecendo pela primeira vez na Constituição Federal de 1967*”¹⁸⁵. Entretanto, coube à atual Constituição, originariamente, “*a menção expressa aos juízes classistas, em número de dois, integrando as Juntas de Conciliação e Julgamento*”¹⁸⁶.

As atribuições jurisdicionais específicas constam previstas no artigo 114, da Constituição Federal de 1988, quando determina que “*competem à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios*

¹⁸⁴ O artigo 116 discorre sobre os critérios de composição da Juntas de Conciliação e Julgamento

¹⁸⁵ Artigo 133, § 1º, b e § 5º. Orientação mantida pela Constituição Federal de 1969, em seu artigo 141, § 1º, b e § 5º. É de se lembrar que, antes de tomar assento constitucional, a organização paritária já constava de legislação infra-constitucional.

¹⁸⁶ CRETELLA Jr., José. Comentários à Constituição de 1988. v. VI. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p.3231

que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

Além da competência mínima afeta à Justiça do Trabalho: conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, maior competência lhe pode ser assegurada na forma da lei, alcançando outras controvérsias derivadas de relação de trabalho. Esclareça-se que, no dissídio coletivo, a lide aparece na forma de conflito envolvendo grupos sociais, abstratamente considerados e, no dissídio individual, a lide é entre pessoas consideradas concretamente; ambos os dissídios dizem respeito à relação de emprego. Dessa forma, a expressão “*outras controvérsias*”, a que alude o texto constitucional, quer se referir a outras relações de trabalho que não são relações de emprego, ou seja, em que não estejam as partes ligadas por um contrato de trabalho “*stricto sensu*”¹⁸⁷.

3.1.3. Análise Crítica da Organização Paritária da Justiça do Trabalho

Denomina-se organização paritária da Justiça do Trabalho a presença, como juízes temporários classistas, de

¹⁸⁷ É o caso da Lei nº 6019/74, sobre trabalho temporário, e do artigo 652, “a”, III, da CLT, sobre empreiteiros operários ou artífices. De acordo com a primeira legislação, “*trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços*”. Desse modo, segundo Délio Maranhão, é bastante claro que “*a expressão contrato de trabalho designa um gênero muito amplo, que compreende todo contrato pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor da outra (como são os casos expendidos)*”. Já o contrato de trabalho “*stricto sensu*” (que se constitui no objeto do direito do trabalho) é o “*contrato de trabalho subordinado*”. (Instituições de Direito do Trabalho, v. I. São Paulo: LTr, 1995. p.229). É de se ressaltar, contudo, e em que pese a injustiça, que nem toda a relação de trabalho subordinado é uma relação de emprego, razão jurídica por que o direito do trabalho (cujo objeto foi provisoriamente delimitado acima) não beneficia todo e qualquer trabalhador subordinado, excluindo da sua destinação, por exemplo: os trabalhadores domésticos e os trabalhadores eventuais.

representantes das partes em conflito: trabalhadores e empregadores, em todos os órgãos jurisdicionais trabalhistas, mediante indicação em listas pelas respectivas entidades sindicais. É considerada a organização paritária da Justiça do Trabalho como amarra institucional, para os analistas de direita, porque mantenedora da rigidez dos direitos sociais, na medida em que desloca elementos integrantes das partes em conflito do local próprio da auto-composição (negociação extra-judicial) e os insere dentro de uma estrutura hetero-compositiva (Justiça do Trabalho), não poucas vezes desconhecedora da realidade laboral dos conflitantes.

Lembra José Soares Filho que, *“em países socialmente evoluídos, as lides trabalhistas de natureza individual se resolvem, habitualmente, e em grande parte, no âmbito das empresas, por órgãos de representação paritária de trabalhadores e empregadores, denominados comissões de fábrica, com resultados altamente vantajosos para as partes interessadas e, indiretamente, para a sociedade em geral, dadas a presteza e a justeza das decisões”*. Assim ocorre, segundo o autor, porque *“os juízes aí (leigos) são bastante conhecedores da realidade sobre que decidem e enfrentam as lides “in loco”, cuidando delas com imediatidade e sem as formalidades e a burocracia de que se reveste o processo judicial”*¹⁸⁸.

O que demonstra que a organização paritária, para a solução de conflitos entre trabalhadores e empregadores, pode ser uma idéia eficiente, desde que seja realocizada, institucionalmente falando; ou seja, ao invés de existir dentro da estrutura do Estado, enquanto órgão estatal, que se encontre no seio das empresas, como os conselhos de fábrica.

Um argumento corriqueiro a favor da organização paritária da Justiça do Trabalho, que não é necessariamente

¹⁸⁸ SOARES Filho, José. Corporativismo no Judiciário. In: Revista LTr. São Paulo: ano 56, abr de 1992. p.448

dos analistas de esquerda, é aquele segundo o qual “*são os juízes temporários classistas os responsáveis pela conciliação de 50% dos processos judiciais em tramitação e que o número não é maior em razão da interferência dos juizes togados*”. Se é verdadeira a assertiva, pergunta Beatriz de Lima Pereira, “*por que a resistência em deixar o Poder Judiciário, onde o juiz togado dificulta a conciliação? E quem está indevidamente na Justiça do Trabalho? O juiz togado, de carreira, ou o representante classista temporário?*”¹⁸⁹ Como já se disse, a estrutura paritária, em si, pode ser um eficaz instrumento de conciliação entre as partes em conflito, ensejando inclusive, desde que desestatizada, senão a facilitação do processo de flexibilização dos direitos sociais relativos ao trabalho, a diminuição do número de dissídios individuais, conforme prevê o substitutivo elaborado sob a presidência de Arnaldo Sussekind ao arquivado projeto de Lei de Reforma da Legislação Trabalhista Processual, elaborado sob a supervisão de Carlos Chiarelli¹⁹⁰.

Em argumentação contrária à organização paritária da Justiça do Trabalho, enquanto amarra institucional, Octávio Bueno Magano assevera que “*muita rapidez se ganhará com a supressão do vocalato, que poderá possibilitar a duplicação de juizes*

¹⁸⁹ “*Pugnar pela extinção da representação classista é não só repudiar distorções a que se permitiu a Justiça do Trabalho, mas, principalmente, reconhecer a importância da atividade sindical livre, sadia e desatrelada do Estado, por seus legítimos representantes, nos espaços adequados para tanto*”. (Melhor a classe, ou a sociedade? In: Folha de São Paulo. São Paulo: 03.07.94. p.04)

¹⁹⁰ Artigo 1º: “*As empresas com mais de 80 (oitenta) empregados manterão em caráter permanente uma comissão, de composição paritária, destinada a apreciar questões disciplinares, a conciliar dissídios individuais de trabalho e a interpretar no âmbito de sua jurisdição as cláusulas de convenção ou acordo coletivo de trabalho*”. (apud: LOBO, Eugênio Roberto Haddock. A Justiça do Trabalho e a Imperiosa Necessidade de sua Reforma. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba: v. 17, n. 01, jan/dez de 1992. p.156)

*togados*¹⁹¹ e, pois, presuntivamente, a diminuição para a metade¹⁹² do “iter” do processo trabalhista”. Segundo o autor, tal supressão se justifica porque “os vogais não satisfazem as condições de imparcialidade e competência, requisitos mínimos para o exercício da magistratura. A própria designação deles como representantes classistas já mostra que, em princípio, não podem ser imparciais. Ademais disso, sendo, em regra, jejunos em direito, falta-lhes competência para decidir intrincadas questões jurídicas”¹⁹³.

Em argumentação a favor da organização paritária, especialmente opondo-se ao lançado argumento de incompetência, já que o argumento de parcialidade é incontestado¹⁹⁴, Wilson de Souza Campos Batalha advoga que “a participação dos representantes de empregadores e trabalhadores, livre e democraticamente eleitos pelas entidades sindicais respectivas, ao lado dos juízes togados, tem permitido assegurar a prevalência dos critérios

¹⁹¹ Certamente o autor quis dizer triplicação, pelo menos na primeira instância. As Juntas de Conciliação e Julgamento são compostas por três membros: se um desses membros é togado e os outros dois podem vir a ser caso ocorra a supressão do vocalato), passa-se de um para três juízes togados. Logo, há triplicação.

¹⁹² Vide a nota acima. Entenda-se, portanto, “por um terço”

¹⁹³ MAGANO, Octávio Bueno. *Justiça do Trabalho*. In: ob. cit. p.14

¹⁹⁴ Além de o classista representar na estrutura do Judiciário Trabalhista uma das partes em conflito, o que do ponto de vista funcional o vincula parcialmente, há que se aventar ainda o caráter subjetivo do seu critério de escolha. “Como se sabe, a escolha dos juízes classistas obedece a um processo político-partidário - tal como a dos juízes togados pelo critério de merecimento. Isso importa em que, dentre os indicados em lista tríplice, seja nomeado (pelo presidente do Tribunal Regional do Trabalho ou pelo presidente da República) o mais comprometido com o grupo político dominante e, às vezes, o menos votado pela respectiva categoria, ou seja, o menos representativo da classe”. (SOARES Filho, José. In: ob. cit. p.450) Com o que concorda Ronald Amorim e Souza quando sustenta que, “ainda que integre a lista tríplice, o candidato a juiz classista e temporário tem que obter apoio político, buscar o apadrinhamento de pessoas influentes ou amigas, do círculo de amizades da autoridade nomeante, para lograr sua designação. Trava-se, então, verdadeiro embate em que o tráfico de influência se faz presente e a cabala de interesses intervém para que o candidato alcance seu objetivo. Isto se dá em qualquer dos três níveis da investidura”. (*Justiça do Trabalho: Representação Classista e Sindicalismo*. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. cit. p.610)

*jurídicos, que decorrem da formação jurídica e do tecnicismo profissional, juntamente com a consciência dos problemas econômicos e com a vida intensa dos participantes da produção, nos seus diversos setores, sentindo as preocupações do momento e da hora, numa visualização direta dos problemas e das possibilidades-limite de coordenação dos fatores produtivos”*¹⁹⁵.

A bem da verdade, em que pese a competência jurídica, os juízes togados não possuem, via de regra, consciência dos problemas próprios das partes em conflito. Agora, daí a dizer que essa consciência possuem os juízes classistas, é outra inverdade. Como indaga José Soares Filho, “*que conhecimento das condições de trabalho de um bancário tem um trabalhador rural, ou da situação funcional de um aeroviário tem um comerciário, ou da vida laboral de um enfermeiro tem um industriário?*”¹⁹⁶. O conhecimento real do conflito somente possuem as partes nele envolvidas, bem como os seus pares quando efetivamente participantes do meio em que ele eclode, e não quando em outro meio se encontram.

Da maneira como está organizada a Justiça do Trabalho, de acordo com aqueles favoráveis ao desaparecimento da estrutura paritária, que podem ser tanto de direita como de esquerda, não há como negar que a representação dos trabalhadores e empregadores, através dos juízes temporários classistas, ao invés de se constituir em elemento de maior discussão acerca da realidade empresarial, é motivo de inibição da negociação dentro da própria empresa, enquanto instância mais capacitada para a solução dos conflitos coletivos. Já para os defensores da estrutura paritária, não há razão para a acusação de

¹⁹⁵ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Aspectos Estruturais da Representação Classista na Justiça do Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 58, mai de 1994. p.523

¹⁹⁶ SOARES Filho, José. ob. cit. p.449

amarra institucional, pois a negociação ou não na empresa compete à boa vontade das partes em conflito e independe da existência dos juízes classistas, cuja função consiste em promover a negociação em juízo.

3.1.4. A Competência da Justiça do Trabalho: Dissídios Individuais e Dissídios Coletivos

A competência da Justiça do Trabalho no Brasil abrange a atribuição para processar e julgar dois tipos de processos: os dissídios individuais e os dissídios coletivos, distintos com base na natureza da lide, nas partes e sua representação e no objeto. De acordo com Amauri Mascaro Nascimento, *“a lide, nos dissídios coletivos, verifica-se sob a forma de conflito coletivo trabalhista, envolvendo grupos sociais, de um lado o grupo dos trabalhadores, de outro lado o grupo de empregadores. Trata-se, portanto, de litígio entre comunidades sociais. Já no dissídio individual a lide não é entre grupos, mas entre pessoas, singularmente consideradas, o trabalhador e o empregador”*¹⁹⁷. A partir da precisão da natureza da lide concernente aos dissídios individuais (conflitos entre trabalhador e empregador) e dissídios coletivos (conflitos entre grupos sociais), as demais distinções são facilmente deduzidas:

a) em primeiro lugar, conclui-se que as partes em ambos os processos não podem ser as mesmas. Com efeito, as partes, nos dissídios coletivos, são grupos abstratamente considerados, as chamadas categorias, que se subdividem em econômica, o grupo dos empregadores, e em profissional, o grupo dos trabalhadores. Nos

¹⁹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. cit. p.129

dissídios individuais, as partes são pessoas concretamente consideradas, nos mesmos moldes dos processos da Justiça Comum;

b) em consequência, a representação das partes, nos dissídios coletivos, ocorre através das entidades sindicais, enquanto nos dissídios individuais ocorre pessoalmente; e

c) quanto ao objeto, a distinção é fundamental, pois, nos dissídios individuais, em que prepondera a concretude de interesses, o pedido visa à aplicação de um direito preexistente para a solução da lide entre empregador e trabalhador (singular ou plurimamente considerado), e, nos dissídios coletivos, em que prepondera a abstração de interesses, o pedido busca a criação de novas condições de trabalho, criação de novos direitos, a que se sujeitam as categorias econômica e profissional.

A competência da Justiça do Trabalho, portanto, para lidar com dois diferentes tipos de processos: os dissídios individuais e os coletivos, se reveste de dois distintos poderes: o jurisdicional, propriamente dito, e o normativo, respectivamente. Esclarece Marcelo Pimentel, em conformidade com as distinções assentadas, que, *“no primeiro poder, há a aplicação de norma jurídica; no segundo, há a sua criação. A composição do conflito individual, sentencial, põe fim à lide. No dissídio coletivo (salvo o de natureza jurídica)”*¹⁹⁸, *a composição de interesses só ocasionalmente pode prevenir litígios interindividuais, como, por exemplo, se uma cláusula é nele inserida com esse fim”*¹⁹⁹. Assim, segundo o autor: 1. a composição do dissídio coletivo não é apta a eliminar a lide, porque

¹⁹⁸ Os dissídios coletivos classificam-se em: jurídicos e econômicos, naqueles há mera interpretação de normas trabalhistas preexistentes, legais ou convencionais, nestes, há criação de novas normas trabalhistas.

¹⁹⁹ PIMENTEL, Marcelo. Composição de Conflitos: Algumas Idéias para a Revitalização da Justiça do Trabalho. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. cit. p.583-4

geradora de novas pretensões e prováveis resistências da outra parte; e
2. a composição do dissídio individual é apta a eliminar a lide, satisfazendo, inclusive, mediante execução, a pretensão da parte exitosa.

3.1.4.1. Análise Crítica da Sentença Normativa

Denomina-se sentença normativa da Justiça do Trabalho o pronunciamento jurisdicional de carga legiferante, que, concluindo um dissídio coletivo, cria novas condições de trabalho para as categorias econômica e profissional nele representadas. É considerada a sentença normativa como amarra institucional, para os analistas de direita, porque mantenedora da rigidez dos direitos sociais, na medida em que, além da circunstância de desmotivar a negociação coletiva entre as partes em conflito, cria para as mesmas novas condições de trabalho de maneira generalizada, sem se ater à análise empresarial caso a caso.

Como em qualquer outro processo, nos dissídios individuais, assegura-se à parte, que porventura tenha um interesse insatisfeito ou injustificadamente resistido por outrem, o acesso à sentença jurisdicional, oportunizando-lhe a aplicação do direito preexistente. Assim não se dá no dissídio coletivo. Nele, a Justiça do Trabalho se vê a braços com a necessidade de criar novas normas trabalhistas. A sentença normativa, para Ronald Amorim e Souza, configura para o Poder Judiciário especializado²⁰⁰ a circunstância de, *“atuando em competência originária, criar o direito que, depois, será interpretado e aplicado pelas Juntas de Conciliação e Julgamento, para, em seguida, ser examinado, em grau de recurso, por uma Turma,*

²⁰⁰ A competência para processar e julgar os dissídios coletivos é conferida aos Tribunais Regionais do Trabalho e, excepcionalmente, ao Tribunal Superior do Trabalho, quando se exceda a jurisdição daqueles. (artigo 702, “b”, da Consolidação das Leis do Trabalho)

*nos Tribunais Regionais do Trabalho que assim se dividam, e cujo entendimento pode ser distinto daquele que o próprio Poder Judiciário esposou no estabelecer as novas condições de trabalho*²⁰¹.

A discussão em torno da sentença normativa, ressaltando-lhe as vantagens e desvantagens, antecedeu à criação da Justiça do Trabalho no Brasil. Assim, no ano de 1938, Waldemar Ferreira sustenta que *“a atribuição, aos juízes do trabalho, do poder de criar normas sobre condições de trabalho mediante decisões proferidas nos dissídios coletivos, contraria os princípios da Constituição, uma vez que implica sentenças de caráter geral, aplicáveis de modo abstrato, a pessoas não discriminadas, com o que a Justiça do Trabalho invade a esfera do Poder Legislativo*²⁰². No mesmo ano, Oliveira Viana, em réplica, sustenta que *“a função do juiz é criativa, sem o que não é cumprida integralmente a sua missão*²⁰³. Ainda segundo o autor, *“essas normas (constantes de sentença normativa) não são rigorosamente leis, mas sim regulamentos de composição de conflitos de interesses, que vigoram por um lapso de tempo*²⁰⁴.

Afirma Valentin Carrion, em argumentação contrária à sentença normativa, que *“o poder judicial nos dissídios coletivos de natureza econômica é uma antiguidade do fascismo, já abolido inclusive na Itália*²⁰⁵. Com o que se coaduna Luis Carlos

²⁰¹ SOUZA, Ronald Amorim e. Justiça do Trabalho. Representação Classista e Sindicalismo. cit. p.608

²⁰² FERREIRA, Waldemar. Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho. São Paulo: São Paulo Editora, 1938, apud: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. cit. p.32

²⁰³ VIANA, Oliveira. Problemas de Direito Corporativo. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1938, apud: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. cit. p.33

²⁰⁴ apud: PASTORE, José. Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva. São Paulo: LTr, 1994. p.175

²⁰⁵ CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1995. p.646

Amorim Robortella, ao lembrar que “*esse poder normativo atende à lógica da absorção do conflito pelo Estado, núcleo ideológico do corporativismo da Constituição de 1937. Sendo a greve considerada anti-social e nociva aos superiores interesses da produção, nada mais natural - dir-se-ia até necessário - que os conflitos coletivos fossem submetidos a um órgão estatal (no caso, a Justiça do Trabalho, em sua fase administrativa, vinculada ao Poder Executivo)*”²⁰⁶. Mesmo superado historicamente o corporativismo de Estado, ainda se constitui a sentença normativa, notadamente para a direita, em elemento inibidor da negociação coletiva, em razão de que se coloca como amarra institucional à rigidez dos direitos sociais²⁰⁷.

Em conformidade com essa inferência, destaca Ives Gandra Martins Filho, enquanto curiosidade, que “*a Austrália, à semelhança do Brasil (e nisso constitui um dos exemplos isolados no direito comparado), possui cortes laborais com poder normativo para dirimir os conflitos coletivos de trabalho*”. E indica o autor, talvez como a principal desvantagem do poder normativo, “*o enfraquecimento da liberdade negocial*”. Com efeito, não se pode negar que “*a existência de cortes laborais com poder de impor normas e condições de trabalho quando surjam dissídios coletivos entre empregadores e trabalhadores faz com que estes recorram facilmente ao Estado, diante da menor*

²⁰⁶ ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. A Crise do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 56, mar de 1992. p.280

²⁰⁷ Abolido o poder normativo da Justiça do Trabalho na Itália, transcorreu um longo período (em particular até 1975) em que os conflitos de trabalho foram intensos. Segundo Tiziano Treu, esse período se justificou em decorrência de que “*o sistema de negociação e de organização sindical eram insuficientemente estruturados*”. Atualmente, segundo o autor, “*há um sistema de negociação organizado, com instrumentos eficazes de prevenção dos conflitos surgidos durante a vigência do contrato de trabalho: a conciliação, a mediação e a arbitragem voluntária, sendo os dois primeiros mais usados*”. (Sistemas de Solução dos Conflitos de Trabalho na Itália. In: Direito Constitucional do Trabalho. coord.: Aluisio Rodrigues. São Paulo: LTr, 1993. p.318-9)

dificuldade na negociação direta, deixando de se exercitar na capacidade de autocomposição do conflito”²⁰⁸

Outro argumento contrário à sentença normativa se refere ao seu inadequado embasamento técnico e, conseqüentemente, à sua desmotivação. Como, de acordo com a Constituição Federal de 1988, os únicos limites postos ao exercício do poder normativo dizem respeito “às disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”²⁰⁹, é necessário um amplo conhecimento econômico-financeiro de cada empresa para a solução dos dissídios coletivos. Todavia, “os dissídios coletivos são julgados sem que se ofereça, aos juízes trabalhistas, qualquer conhecimento objetivo da realidade fática referente à categoria interessada”²¹⁰. Em conseqüência, as sentenças normativas acabam se descuidando da correta aplicação da técnica da equidade²¹¹ e ingressando sem pudor na seara da padronização, a ponto de a Justiça do Trabalho somente dar

²⁰⁸ Lembra, ainda, o autor, com fundamento nas conclusões do VI Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Seguridade Social, realizado em Caracas, no ano de 1977, “que a autocomposição é a forma ideal de solução dos conflitos coletivos, e a solução jurisdicional é a principal causa do fracasso da negociação coletiva, de vez que a certeza de que o conflito, cedo ou tarde, seria inevitavelmente resolvido pelas autoridades do trabalho despertava em uma e outra parte a esperança de que poderiam obter mais ou ceder menos do que em uma transação”. (MARTINS Filho, Ives Gandra. ob. cit. p.33-5)

²⁰⁹ Artigo 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

²¹⁰ CARRION, Valentin. ob. cit. p.646

²¹¹ A aplicação da equidade, enquanto técnica de decisão, que possui caráter excepcional nas sentenças judiciais em geral, é regra permanente nas sentenças normativas, em razão do seu poder de criar, independentemente da lei, novas condições de trabalho. O problema é que essas novas condições de trabalho, em característica aplicação da equidade, devem ser as mais adequadas para as categorias econômica e profissional cujo dissídio coletivo se decide; caso contrário, o exercício da técnica da equidade não passa de um descaracterizado preenchimento de formulários pré-elaborados, destinados a realidades-padrão. Convém, ainda, lembrar o que dizia o revogado Código de Processo Civil acerca da aplicação da equidade: “o juiz, ao decidir por equidade, aplicará a norma que estabeleceria se fosse o legislador”(artigo 114)

procedência a cláusulas de pedido de instauração de instância se conformes aos seus “precedentes normativos”²¹².

Favorável à manutenção da sentença normativa, em argumento mais próprio da esquerda, pela circunstância de relacioná-la com a preservação do Estado do bem-estar-social, é a posição de Tarso Fernando Genro, basicamente assentada em dados segundo os quais o Brasil, “*num pequeno pólo desenvolvido da sociedade, possui uma classe trabalhadora orgânica e forte, com capacidade de barganha (10%); o restante da classe trabalhadora (90%) é inorgânica, fraca, sem capacidade de barganha*”. Por essa razão, segundo o autor, “*suprimir o poder normativo da Justiça do Trabalho é retirar o Estado da sua função de promover novas condições para o exercício da liberdade, da igualdade e da participação social*”. Em suma, “*é dar ao Estado uma função meramente repressivo-sancionatória, teorizada pela tradição liberal, vendo-o como Estado meramente garantista*”²¹³.

A sentença normativa, por não se constituir em incentivo à negociação coletiva e por se apresentar como instância de igualização das condições de trabalho, independentemente da análise

²¹² Os resultados dos incidentes de uniformização de jurisprudência, na Justiça do Trabalho, se subdividem em: enunciados, próprios dos dissídios individuais, e precedentes normativos, próprios dos dissídios coletivos. Todavia, cumpre registrar a discordância de Orlando Teixeira da Costa, segundo a qual “*o precedente normativo constitui uma dedução da experiência dos juizes, que não implica em “uniformizar”, mas em reconhecer que certas relações coletivas podem ser reguladas pelas mesmas normas heterônomas de um dissídio anterior, observados os parâmetros da oportunidade, conveniência ou necessidade*”. Razão pela qual esclarece o autor que “*o enunciado expressa a uniformização da jurisprudência em dissídios individuais, enquanto os precedentes normativos indicam, tão somente, uma orientação reiterada, que pode, ocasionalmente, deixar de ser repetida, se as condições econômicas assim o exigirem*”. (Breve Introdução aos Precedentes Normativos do TST. São Paulo: LTr, 1993. p.17-8)

²¹³ GENRO, Tarso Fernando. Em defesa do Poder Normativo e da Reforma do Estado. In: Perspectivas do Direito do Trabalho. coord.: Beinusz Szmukler. cit. p.119-20

A sentença normativa, por não se constituir em incentivo à negociação coletiva e por se apresentar como instância de igualização das condições de trabalho, independentemente da análise empresa a empresa, apresenta-se, para os analistas de direita, como característica amarra institucional, que reforça faticamente a rigidez dos direitos sociais. A supressão da sentença normativa, enquanto mecanismo de solução dos conflitos coletivos, para os analistas de esquerda, pressupõe a existência de sindicatos fortes, com “*capacidade de barganha*”, organizados em todo o território nacional e estruturados para a negociação coletiva. Antes disso, a proposta de supressão se torna maléfica aos trabalhadores envolvidos em dissídios coletivos. Por outro lado, para os analistas de direita, não se deve desconsiderar que grande parte dos trabalhadores no Brasil jamais se beneficiou dos dissídios coletivos, porque efetivamente inorganizados em sindicatos, e, mesmo aqueles trabalhadores em sindicatos organizados, ao invés, já sofreram prejuízo com a solução dos dissídios coletivos²¹⁴. Nessa linha de raciocínio, assevera a direita que, para aqueles trabalhadores, a supressão da sentença normativa nenhum malefício traria, e, para estes, circunstancialmente, poder-se-ia considerá-la um benefício.

²¹⁴ “A Justiça do Trabalho corre o risco de desmoralização porque, às vezes, as sentenças normativas acabam outorgando menos do que fora oferecido pelos empregadores na negociação coletiva frustrada”. (ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. A Crise do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. In: ob. cit. p.280)

3.2. AS AMARRAS INSTITUCIONAIS INSERTAS NA ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA

3.2.1. Histórico do Sindicalismo Brasileiro

Do ponto de vista legal, a denominação “sindicato” apareceu pela primeira vez no Decreto n° 979, de 06.01.1903, que permitiu a formação de sindicatos rurais e, posteriormente, no Decreto n° 1637, de 05.01.1907, que facultou aos integrantes de profissões similares ou conexas, inclusive profissões liberais, organizar sindicatos para o estudo, defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da produção e dos interesses profissionais de seus membros. Nesse período, segundo Amauri Mascaro Nascimento, “*o anarco-sindicalismo teve larga divulgação e exerceu importante papel como força de pressão pelo desenvolvimento da organização dos trabalhadores*”, sem esquecer ainda que “*o pensamento católico motivou a criação de sindicatos e defendeu a pluralidade sindical*”²¹⁵.

A partir de 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, iniciou-se o período de controle dos sindicatos pelo Ministério do Trabalho, criado nessa ocasião, mediante as diretrizes do Decreto n° 19.770, de 19.03.31. Com a Constituição Federal de 1934, o sindicato ganhou o seu primeiro assento constitucional²¹⁶, inspirado no princípio da pluralidade sindical. A Constituição de 1937²¹⁷ resgatou, por sua vez, as diretrizes de 1931, colocando novamente o sindicato, após curto período de pluralidade, sujeito ao princípio da unicidade.

²¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Evolução Histórica do Sindicalismo. In: Sindicalismo. coord.: Arion Sayão Romita. São Paulo: LTr, 1986. p.10

²¹⁶ Artigo 120

²¹⁷ Artigo 138

De acordo com Octávio Bueno Magano, o sindicalismo brasileiro, estruturado na década dos anos 30, restou “*inspirado no corporativismo italiano e com a finalidade de ser usado como “longa manus” do Estado, na realização de sua política econômico-social*”.²¹⁸ . Nesse contexto é que se editou o Decreto n° 1402, de 05.07.39, reforçando a inspiração corporativista da estrutura sindical brasileira²¹⁹ . Segundo alguns autores, dentre eles Angela de Castro Gomes, o sindicalismo corporativista no Brasil restou implementado faticamente no “*período de transição pós-42*”²²⁰ ; antes

²¹⁸ MAGANO, Octávio Bueno. Pontos de Inflexão na Estrutura Sindical. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. cit. p.327

²¹⁹ “*Como se depreende claramente de várias cláusulas e dispositivos./a Constituição Federal de 1937, instituindo a organização corporativa da nossa ordem econômica, vinculou-a à organização sindical. Que esta passa a ser a substrução sobre que irá se assentar aquela - é uma decorrência lógica do próprio regime político ali instituído (...) Representam, portanto, os órgãos primordiais e de maior relevo da estrutura pré-corporativa do país. Nestas condições, o conceito da autonomia sindical não pode ser o que lhe dava absurdamente a Constituição Federal de 1934. Em face das funções, de tamanho relevo e significação, que as associações profissionais passam a exercer na ordem econômica e política, não é possível conceder-lhes aquela plenitude de autonomia, que lhes assegurava a Constituição anterior. Como instuições pré-corporativas que são, num regime de corporações de tipo estatal (pois é a própria Constituição que estatui que as corporações são órgãos do Estado), é claro que as associações profissionais têm que sofrer, na sua vida interna, como na sua vida de relação, as limitações e intervenções que o Estado julgar mais convenientes para o pleno funcionamento da superestrutura corporativa, por ele mesmo instituída como forma suprema de organização da ordem econômica*”. (Exposição de Motivos da Comissão elaboradora do Decreto n° 1402, 05.07.39, apud: BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Sílvia Marina Labate. Sindicatos. Sindicalismo. São Paulo: LTr, 1994. p.39-40)

²²⁰ “*Ao contrário do que a literatura sobre o tema sugere, não existia sindicalismo corporativista no Brasil de 1931 a 1943. Existiam leis, como a de 1931 e a de 1939, que consagravam um modelo de organização sindical corporativa, mas este modelo não tinha vigência senão formal, o que absolutamente não preocupava, nem ocupava o Ministério do Trabalho. Esta situação, segundo as próprias análises sociais do Estado Novo (SIC), só começou a incomodar e a sofrer críticas a partir do ministério Marcondes Filho, justamente quando o regime iniciou esforços sistemáticos para, mantendo seus contornos políticos, alterar sua face autoritária. O sindicalismo corporativista, desta forma, iria se realmente implementado, não no período autoritário por excelência do Estado Novo, mas no período de transição do pós-42, quando a questão da mobilização de apoios*

disso, somente funcionara como uma orientação formal, sem reflexo no dia-a-dia dos sindicatos. Já Alfredo Bosi vai bem adiante e vislumbra, nas décadas de 30 e 40, no Brasil, mais uma adaptação das idéias de Augusto Comte do que uma influência propriamente corporativista²²¹.

A Constituição Federal de 1946²²², após esse período, assegurou a liberdade de associação profissional ou sindical, não se referindo expressamente ao princípio da pluralidade ou da unicidade sindical. Nesse particular, também a Constituição Federal de 1967²²³ e a Emenda Constitucional n° 1, de 1969²²⁴, cometeram a mesma omissão. Por essa razão, segundo Roberto Barreto Prado, “*a legislação ordinária, no tocante aos sindicatos, continuou em vigor e intacta, e o princípio da unicidade sindical perdurou*”²²⁵.

A Constituição Federal de 1988 referencia expressamente o princípio da unicidade sindical, prescrevendo que “*é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma*

sociais tornou-se uma necessidade inadiável, ante a própria transformação do regime”. (GOMES, Angela de Castro. ob. cit. p.276-7)

²²¹ “*A fórmula de Comte que presidia às relações do capital com o trabalho virou clichê: a incorporação do proletariado à sociedade moderna*”. Por essa razão, “*muito do que se afirma sobre a influência dos modelos corporativos na legislação trabalhista do Estado Novo se esclarece melhor pelo estudo das medidas tuteladoras que já figuravam no ideário do Apostolado Positivista, na versão que lhes deu Júlio de Castilhos e nas intervenções pontuais de Borges de Medeiros*”. Neste ideário, dois seriam os princípios que pautariam a política social: “*o primeiro, que, no contexto do Brasil oligárquico, se poderia chamar progressista, consistia em acolher e sancionar com a autoridade do Executivo certas reivindicações típicas dos trabalhadores urbanos que já demandavam redução da jornada, melhores condições de vida na fábrica e salários menos vis; o segundo, que certamente se pode chamar de centralizador, e que atribuía ao Estado a função de arbitrar os conflitos entre operários e patrões*”. (BOSI, Alfredo. Dialética da Colonização. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p.294-5)

²²² Artigo 159

²²³ Artigo 159

²²⁴ Artigo 166

²²⁵ PRADO, Roberto Barreto. Curso de Direito Sindical. São Paulo: LTr, 1991. p.250

*base territorial, que será definida pelos empregadores e trabalhadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município*²²⁶.

3.2.2. A Organização Sindical na Constituição Federal de 1988

O artigo 8º, da Constituição Federal de 1988, assegura a livre associação profissional e sindical²²⁷, desenvolvendo em oito incisos os princípios concernentes. Assim é que o inciso I prevê o princípio da livre instituição sindical²²⁸, o inciso II prevê o princípio da unicidade sindical, o inciso III prevê o princípio da representatividade²²⁹, o inciso IV prevê o princípio da compulsoriedade²³⁰, o inciso V prevê o princípio da liberdade de filiação²³¹,

²²⁶ Artigo 8º

²²⁷ A respeito da liberdade de associação profissional e sindical: “É oportuno lembrar que, no sindicalismo brasileiro, de inspiração corporativista italiana, é possível a concentração de várias categorias em um único sindicato (artigo 570, § único, da Consolidação das Leis do Trabalho). Por via de consequência, desde que uma categoria apresente a possibilidade concreta, nos termos do artigo 571, pode se dissociar do sindicato principal. Sob o regime vigente, essas categorias, ditas similares ou conexas, poderão desmembrar-se sem prévia anuência do Ministério do Trabalho. Advirta-se, contudo, que a assembléia que deliberar favoravelmente ao desmembramento aprovará a criação do novo sindicato. Torna-se evidente que o desdobramento se dará dentro do próprio sindicato titular original da carta sindical se dela dispõe. A dita liberdade sindical realmente não é livre. Há condicionamentos constitucionais que não dão direito à associação realmente livre, que só viria com a pluralidade sindical”. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº 28.005/91-3, de 01.02.92, rel. Min. Marcelo Pimentel)

²²⁸ “Ao interditar ao Estado a prática das autorizações prévias, a Constituição Federal “ipso facto” entrega aos membros fundadores do sindicato o direito e a responsabilidade de estruturar o órgão, facultando também a criação de organismos coordenadores de interesses pluri-territoriais e pluri-profissionais”. (SANTOS, Roberto A. O.. A Autonomia Sindical na Constituição Brasileira de 1988. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. cit. p.291)

²²⁹ “A representação sindical pode ser de interesses individuais ou coletivos. Na condição de representante de interesses coletivos, o sindicato se projeta como “alter ego” da categoria”. (MAGANO, Octávio Bueno. Pontos de Inflexão na Estrutura Sindical. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. cit. p.327)

²³⁰ “Presentemente, coexistem, no campo do custeio da atividade sindical, três modos de arrecadação contributiva: a) a contribuição sindical legal, prevista em

o inciso VI prevê o princípio da obrigatoriedade da participação sindical nas negociações coletivas²³², o inciso VII prevê o princípio da isonomia entre trabalhador aposentado e em atividade, e o inciso VIII prevê o princípio da estabilidade provisória do representante sindical²³³.

3.2.3. Análise Crítica do Princípio da Unicidade Sindical

Consiste o princípio da unicidade sindical na proibição da existência de mais de um sindicato representativo das categorias econômica e profissional no mesmo espaço territorial, cuja delimitação não pode ser inferior ao território de um município. É considerado o princípio da unicidade sindical, para os analistas de direita, como meio de apoio à rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho, na medida em que, não sendo possível aos trabalhadores a

lei federal; b) a contribuição sindical normativa, também obrigatória, autorizada pela assembléia geral do sindicato; e c) a contribuição sindical voluntária, mensalidade não obrigatória, porque devida apenas pelos associados ou filiados do sindicato". (SANTOS, Galba José dos. Contribuições Sindicais Obreiras na Constituição Federal. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. cit. p.344)

²³¹ *"A liberdade de adesão interessa não apenas ao trabalhador, individualmente tomado, como também ao sindicato, que tem a sua força vinculada à sua representatividade, a qual é medida por diversos elementos, entre os quais o número de seus associados". (SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Filiação Sindical: Problema de Liberdade Sindical. In: Sindicalismo. cit. p.76-7)*

²³² *"Assim, convenções e acordos coletivos de trabalho não podem ser celebrados, a não se com a participação dos sindicatos, que representarão a categoria em conflito". (COSTA, Orlando Teixeira da. ob. cit. p.375)*

²³³ *"É vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei".(inciso VIII, do artigo 8º) "Inegavelmente, o tratamento constitucional que a matéria alcançou privilegia a Convenção 98, da Organização Internacional do Trabalho, no que preconiza a adoção de medidas inibidoras de atos patronais que coloquem em risco o emprego daqueles empregados que, acreditando na liberdade sindical, atuem em prol da respectiva categoria profissional". (MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Estabilidade no Emprego de Dirigentes e Representantes Sindicais. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. p.145)*

escolha da filiação entre os vários sindicatos da mesma categoria, já que é vedada essa variedade, o número de associados ao sindicato único se torna muito reduzido e, paradoxalmente, a representatividade permanece plena²³⁴, o que resulta na raridade da celebração de acordos coletivos²³⁵. Além disso, por força do princípio da unicidade sindical, a proposta de sindicatos por empresa sequer pode ser cogitada²³⁶.

Em argumento contrário ao princípio da unicidade sindical, original da Constituição de 1937, sustenta Celso Ribeiro Bastos que *“a redução a um único sindicato, dentre os múltiplos que poderiam ser criados, com força de representação integral da categoria num determinado território, retira da entidade aquela força que possuiria se fundado exclusivamente na adesão voluntária dos seus membros. O sindicato único não necessita ser*

²³⁴ O sindicato único representa, judicial e extrajudicialmente, dentro do seu território de atuação, todos os trabalhadores abrangidos no conceito de categoria, sejam eles sindicalizados (filiados ao sindicato) ou não.

²³⁵ As negociações coletivas podem resultar em convenções coletivas e em acordos coletivos. As primeiras são o *“acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”* (artigo 611, “caput”, da Consolidação das Leis do Trabalho) Na segunda modalidade, *“é facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho”*. (artigo 611, § 1º)

²³⁶ Recente reportagem noticia que o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Almir Pazzianotto, encaminhou ao Palácio do Planalto projeto de emenda constitucional que admite a constituição de mais de um sindicato por categoria. Segundo o autor do projeto, *“é importante abrir a possibilidade de organização por empresa, já que, mesmo dentro de um único município, empresas de um mesmo setor podem ter realidades e situações completamente diferentes. Acordos por categoria tendem, portanto, ou a criar dificuldades para empresas com menores condições de cumpri-los, ou a não ser tão bons quanto poderiam para empregados de empresas mais potentes”*. (IZAGUIRRE, Mônica. Governo Quer Acabar com Sindicato Único. In: O Estado de São Paulo. São Paulo: 21 de fevereiro de 1996. p.b1)

*efetivamente representativo. Ele o é por força de lei*²³⁷. Argumento semelhante ao de Mozart Victor Russomano, quando reconhece que “*a liberdade de associação profissional será, na verdade, quase sempre fictícia, se não permitir que o trabalhador ou o empregador se associe ao sindicalismo que melhor lhe pareça*”²³⁸.

Em vista das ponderações expendidas, ressaltando o caráter corporativista do sindicalismo nacional, que em certo sentido refletem tanto a oposição da direita quanto da esquerda à unicidade sindical, podem ser arrolados como argumentos favoráveis, portanto, à pluralidade sindical: a) o favorecimento da liberdade sindical e, correspondentemente, da maior autenticidade sindical; b) o efetivo incentivo ao desenvolvimento espontâneo dos sindicatos, não impondo restrições legais à vontade individual; e c) o maior respeito sistêmico aos princípios preconizados pela Organização Internacional do Trabalho, relativos à constituição do sindicalismo livre²³⁹.

Amauri Mascaro Nascimento contesta o caráter corporativista do princípio da unicidade sindical, lembrando para

²³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. v. II. São Paulo: Saraiva, 1989. p.514

²³⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p.860

²³⁹ “*Ao impor a unicidade sindical, a Constituição Federal de 1988 se coloca em atrito com a Convenção n° 87, da Organização Internacional do Trabalho. A unidade sindical deve ser produto da vontade das entidades, por livre deliberação e, se assim for conseguida, sem dívida, revela o fortalecimento do sindicato. O que não se pode admitir é a unicidade sindical imposta pelo Estado, pois isto fere um dos mais elementares princípios da liberdade sindical*”. (GOMES Neto, Indalécio. Características do Sindicalismo Brasileiro. In: Revista LTr. São Paulo: ano 58, mar de 1994. p.269) São Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre liberdade sindical: n° 87 (1948), sobre a regulamentação da liberdade sindical diante do Estado e das proteções correspondentes; n° 98 (1949), sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva; n° 135 (1971), sobre as prerrogativas dos representantes sindicais, dentre outras. A respeito, consultar: URIARTE, Oscar Ermida. Liberdade Sindical: Normas Internacionais, Regulamentação Estatal e Autonomia. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. cit. p.249-67

tanto as diferenças de contexto das Constituições de 1937 e de 1988²⁴⁰. Razão por que são encontradas principalmente entre os analistas de esquerda, enquanto argumentos a favor da unicidade sindical: a) o favorecimento da união dos trabalhadores, em decorrência da vinculação deles a uma entidade sindical certa; b) o fortalecimento do espírito de classe entre os trabalhadores, tendo em vista que, sendo todos da mesma categoria, sentem as mesmas dificuldades e têm as mesmas aspirações; e c) o impedimento ao surgimento de sindicatos fracos e, por consequência, incapazes de bem representar a categoria.

É de se ver que tais argumentos basicamente se centram no enfraquecimento que o pluralismo pode trazer às entidades sindicais, mormente em um país como o Brasil, de dimensões continentais e de condições sócio-econômicas tão diversificadas. Assim, questiona Uiracy Torres Cuóco: *“é melhor ter ampla liberdade sindical, com muitos sindicatos fracos, ou é melhor ter a liberdade necessária, com poucos, porém, fortes sindicatos?”* E responde o autor: *“no regime monista é certo que não se chega à liberdade ampla, conforme pretendido, pois que sofre limitações ditadas pela ordem jurídica interna. Mas é certo que favorece o fortalecimento econômico e político das entidades sindicais, possibilitando melhor atuação na defesa dos direitos dos integrantes da categoria”*²⁴¹.

Acerca da proposta de adoção do sindicato por empresa, frequentemente alegada pela direita para se opor ao princípio

²⁴⁰ *“Há diferença de contexto entre a unicidade de 1937, desejada pelo Estado e fruto da concepção autoritária que se pretendeu infundir no movimento sindical, e a unicidade de 1988, não imposta pelo Estado, meramente uma questão de preferência de relacionamento entre os sindicatos”.* (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p.229)

²⁴¹ *“É absolutamente certo que de nada adianta ter ampla liberdade sindical, sem ter meios para exercitá-la”.* (CUÓCO, Uiracy Torres. Realidade Sindical. In: Revista LTr. São Paulo: ano 58, mar de 1994. p.279)

da unicidade sindical, é importante a referência ao Informe da Organização Internacional do Trabalho de 1993, em especial à análise da correlação entre os níveis de densidade sindical (D.S.)²⁴² e a estrutura das relações de trabalho. Segundo este documento internacional, que contradiz afirmações precipitadas muito em voga, parece que existe um maior grau de sindicalização nos países que contam com estruturas de negociação mais centralizadas, e não nos países que negociam em patamares mais descentralizados, como a empresa. É o que se infere dos exemplos seguintes:

1. Suécia (D.S.: 81), Islândia (D.S.: 78), Dinamarca (D.S.: 76), onde até há pouco tempo se celebravam negociações no plano nacional;

2. Alemanha (D.S.: 32), onde cada ramo de indústria celebra negociações nos planos regional e nacional;

3. Países Baixos (D.S.: 24), onde, a partir de convênios de base sobre política social e econômica, se celebram negociações por setores e por empresas; e

4. Estados Unidos da América (D.S.: 15), onde as negociações têm lugar dentro de cada empresa²⁴³.

O princípio da unicidade sindical, por facilitar um sindicalismo mais de abstrações do que de concretudes, em vista da abrangência de sua representação, segundo os analistas de direita, constitui-se em meio de apoio à rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho. Com efeito, não se pode negar que, para aqueles que propalam a instituição dos sindicatos por empresa, como o mecanismo mais

²⁴² Densidade sindical é a relação entre o percentual da população economicamente ativa e o percentual de trabalhadores sindicalizados.

²⁴³ El Trabajo en el Mundo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo: 1993. p.42. É importante esclarecer que os sindicatos, mesmo pouco representativos, possuem, com frequência, muito maior influência do que indicam os índices de densidade sindical. Todavia, o argumento que ora se critica é o da representatividade.

eficiente de negociação coletiva e, até mesmo, de flexibilização dos direitos sociais sem grandes resistências, o princípio da unicidade sindical representa o grande obstáculo legal. Já para aqueles que, na pulverização dos sindicatos através da pluralidade, identificam a supressão da capacidade de “barganha” dos trabalhadores de mais débil mobilização, beneficiando-se dos sindicatos por empresa somente os trabalhadores com tradição de organização, os maiores níveis de densidade sindical, dos países que adotam a centralização negocial, demonstram o abstracionismo da representação também nos sindicatos por empresa. Ademais disso, para expressiva parcela da esquerda, a manutenção do princípio da unicidade na estrutura sindical brasileira se justifica na medida em que assegura, nas relações de trabalho, o respeito mais concreto ao ideal da igualdade e a sua efetiva promoção, protegendo os trabalhadores desiguais na medida em que se desigalam, sem lançar na “vala comum” manifestas diferenças de organização.

4. ANÁLISE JURÍDICA DA FLEXIBILIDADE E DA RIGIDEZ DOS DIREITOS SOCIAIS RELATIVOS AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nos Capítulos I e II estão estabelecidas as balizas gerais a partir das quais é possível contextualizar o embate flexibilidade “versus” rigidez dos direitos sociais. No capítulo III se analisa a crítica específica da direita realizada às amarras institucionais da Constituição Federal de 1988, que conferem aos direitos sociais, segundo a aceitação do seu caráter rígido, os meios de estabelecê-lo de fato. Resta agora a análise jurídica, propriamente dita, dos direitos sociais relativos ao trabalho, com o que se pretende ressaltar as características do modelo negocial de flexibilidade expressamente adotado no Brasil, bem como a existência implícita de outras modalidades de flexibilidade, como a flexibilidade paralela.

Com isto se busca polemizar com aqueles que identificam na Constituição Federal de 1988, malgrado as previsões textuais, uma Constituição Econômica não flexível, que impossibilita às empresas nacionais a adaptação das relações de trabalho às necessidades conjunturais, nos moldes que se vem processando nos demais países do mundo, com vistas ao ingresso competitivo no mercado globalizado. Tal polêmica se propõe assentar nas conclusões dos critérios de medição da flexibilidade ou da rigidez dos direitos sociais, que não se satisfazem, para a procedência da crítica da direita, com a mera existência de previsão de direitos sociais na Constituição Federal de 1988, conforme extenso rol constante do artigo 7º, nem com a assertiva doutrinária da sua natureza jurídica “jus cogens”, mas que exigem também a apreciação das conseqüências desencadeadas a partir do seu descumprimento: efeitos enérgicos ou efeitos infirmes.

4.1. RESPOSTA AOS CRITÉRIOS DE MEDIÇÃO DA FLEXIBILIDADE OU DA RIGIDEZ

4.1.1. Os Critérios de Medição

A dicotomia flexibilidade “versus” rigidez ganha foro de importância na medida em que estimula a reflexão acerca da alegada crise do Estado Intervencionista e das preconizadas “vantagens sociais” do Estado Absenteísta, em que a fraqueza dos poderes estatais permitia a plenitude do aforisma “laissez faire, laissez passer” nas relações entre indivíduos. Todavia, não guarda o menor rigor a afirmação, traçada provisoriamente nesta dissertação, de que a flexibilidade nada tem a ver com a Constituição Econômica, pois que somente lhe interessa, por lhe ser mais própria, a análise da rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho²⁴⁴.

Nem mesmo aqueles que defendem apaixonadamente a flexibilidade, convém que se diga, visualizam a viabilidade do retorno puro e simples ao Estado Absenteísta em substituição ao Estado Intervencionista. O que significa esclarecer, em verdade, que tanto a defesa da flexibilidade quanto a denúncia da rigidez dos direitos sociais, ou vice-versa, são assunto que somente interessa à análise jurídica da Constituição Econômica, eis que somente a partir dela o fortalecimento dos poderes do Estado se torna patente. Se se quer uma diretriz, o correto é a assertiva segundo a qual o debate em torno da dicotomia flexibilidade “versus” rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho nada tem a ver com a Constituição Liberal.

²⁴⁴ A definição de flexibilidade constante do item 2.1.2. era uma definição provisória, cumpre lembrar

Assim, os critérios de medição da flexibilidade ou da rigidez, em alçando importância somente a partir da emergência dos direitos sociais, são critérios de medição da fortaleza ou da fraqueza dos poderes do Estado. E, para se assegurar mais eficiente aferição da capacidade do Estado de intervir soberanamente nas relações entre indivíduos, cumpre arrematar que a identificação da flexibilidade ou da rigidez, enquanto conceitos relacionados à Constituição Econômica, somente é possível após a resposta conjunta aos seguintes questionamentos (antes disso, qualquer conclusão é precipitada e qualquer defesa, quer à direita, quer à esquerda, não se robustece):

1. há ou não no corpo da Constituição Econômica a previsão de um dado direito social?;

2. se há, qual a natureza jurídica desse direito social: “jus cogens” ou “jus dispositivum”²⁴⁵ ?; e

3. em sendo de natureza jurídica “jus cogens”, qual a consequência do seu descumprimento?

²⁴⁵ A natureza jurídica dos preceitos que compõem os direitos sociais previstos em uma dada Constituição Econômica pode variar entre o “jus cogens” e o “jus dispositivum”. O “jus cogens” é integrado por preceitos de direito social que devem ser cumpridos qualquer que seja a vontade das partes envolvidas. O “jus dispositivum”, por outro lado, é constituído por preceitos de direito social que se devem cumprir só quando as partes envolvidas não tenham estabelecido nada em sentido contrário. O primeiro é imperativo; o segundo é passível de negociação derogante, portanto, não imperativo. De acordo com a lição de Natalino Irti, os preceitos de direito social que integram o “jus dispositivum” podem se bipartir em: normas dispositivas e normas complementares. *“A norma dispositiva vem configurada como norma jurídica cuja aplicação é subordinada à ausência de uma disciplina das partes; ou seja, como norma que contempla na hipótese também o fato (negativo) da ausência de acordo. A “fattispecie” da norma dispositiva resulta da combinação de pelo menos dois fatos: o fato constitutivo da relação disciplinada e o fato negativo da ausência de acordo entre as partes; por outro lado, a “fattispecie” da norma supletiva resulta da combinação de pelo menos três fatos: o fato constitutivo da relação disciplinada, o acordo das partes e o fato negativo da insuficiência do acordo”.* (Introduzione allo Studio del Diritto Privato. Padova: Cedam, 1990. p.89-90)

Dessa forma, pelo primeiro questionamento, em se partindo da premissa de se tratar de uma Constituição Econômica a que se analisa, como é o caso da Constituição Federal de 1988, e isso pelo fato da previsão de direitos sociais em seu corpo, procura-se saber antes de mais nada quais são esses direitos sociais previstos e em que modalidades eles se apresentam: direitos tipicamente laboristas ou *direitos rescisórios*. É de se reafirmar que, para os propósitos desta dissertação, tão só interessam-lhe os direitos previstos no artigo 7º.

Pelo segundo questionamento, após a constatação da previsão de direitos sociais, procura-se apreender-lhe a natureza jurídica, pois para se considerar a Constituição Econômica analisada como flexível basta que a natureza jurídica seja “*jus dispositivum*”. Eis que, em princípio, se se consideram os direitos sociais previstos como sendo de natureza jurídica “*jus cogens*”, a Constituição Econômica analisada é rígida. Repare-se que, ao expor a classificação, se disse “em princípio” e não “em definitivo”.

A esse respeito, lembra Miguel Rodrigues Piñero o equívoco do argumento, bastante conhecido e propalado, segundo o qual o fator fundamental que influi no grau de rigidez ou de flexibilidade do mercado de trabalho é a existência de um maior ou menor número de direitos sociais previstos: a) não se trata de saber só se existem muitos ou poucos direitos sociais, senão também do conteúdo destes; e b) é importante saber se os direitos sociais previstos deixam ou não um espaço suficiente para a autonomia privada²⁴⁶.

Pelo terceiro questionamento, portanto, consolida-se a informação antecedente ou nega-se-lhe o valor, pois não é suficiente, para a afirmação de rigidez, considerar os direitos sociais de uma Constituição Econômica de natureza jurídica “*jus cogens*”; é

²⁴⁶ PIÑERO, Miguel Rodrigues. ob. cit. p.14-5

necessário igualmente que o descumprimento desses mesmos direitos desencadeie uma consequência compatível com a natureza jurídica firmada. Caso contrário, estar-se-á falando de rigidez meramente formal, e contra essa não existe o porquê prático da oposição

4.1.2. Há ou Não no Corpo da Constituição Federal de 1988 a Previsão de Direitos Sociais?

A resposta a esse questionamento é bastante simples: há direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988²⁴⁷. Portanto, está-se diante de uma Constituição Econômica. E, assim sendo, cumpre esquadrihar dois diferentes tipos previstos de direitos sociais relativos ao trabalho: os chamados direitos sociais tipicamente laboristas, que são aqueles direitos que vigoram ao longo de toda a duração do contrato de trabalho, como é exemplo a quase totalidade dos incisos, do artigo 7º, excepcionando somente os incisos I, II, III, XXI e XXIV, que exemplificam os chamados direitos sociais rescisórios, que são aqueles direitos que incidem somente ao término do contrato de trabalho.

4.1.2.1. Os Direitos Sociais Tipicamente Laboristas

O primeiro direito social tipicamente laborista está previsto no inciso IV, que disciplina o salário mínimo, fixado em lei e não mediante a vontade das partes que celebram o

²⁴⁷ Não obstante interessar a esta dissertação simplesmente os direitos sociais previstos no artigo 7º, deve-se esclarecer que o artigo 8º arrola como direitos também sociais, além do trabalho, “a educação, a saúde, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

contrato de trabalho, e garantido inclusive para os trabalhadores que percebem remuneração variável (inciso VII). Segundo certa corrente jurisprudencial, este direito social traz consigo um quê de flexibilidade²⁴⁸, dita interpretativa, e cujo caráter sintomático não se deve subestimar, na medida em que se sabe que, na América Latina, os trabalhadores remunerados exclusivamente com base no salário mínimo constituem 41,6% da população ativa, compreendendo a atual população urbana ativa 55% a 65% deste total²⁴⁹.

O inciso V prevê um direito social tipicamente laboralista derivado do antecedente, pois, ao dispor sobre o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, nada mais está assegurando do que o chamado “salário mínimo profissional”, com a característica de ele não decorrer necessariamente de lei²⁵⁰. E, em tratamento genérico ao salário dos trabalhadores, além de a previsão do

²⁴⁸ A flexibilidade não se cinge à vertente negocial, objeto principal desta dissertação, mas pode se apresentar também na vertente interpretativa. É o caso do inciso IV, em que há quem entenda que o salário mínimo é direito assegurado ao trabalhador sujeito à jornada normal de 8 horas diárias e 44 horas por semana; sendo proporcionalmente reduzido de acordo com a minoração da jornada diária e semanal. Ou seja, o salário mínimo em vigor é de R\$ 112,00 para quem trabalha 44 horas por semana, e de R\$ 56,00 para quem trabalha 22 horas por semana. Veja-se a respeito: *“Depreende-se do texto constitucional que os trabalhadores que laboram oito horas diárias devem ter como remuneração o salário mínimo; contudo, isto não impede que o trabalhador que labora em jornada reduzida seja remunerado proporcionalmente às horas trabalhadas”* (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0084659, de 24.03.94, rel. Min. José Luiz Vasconcellos) Ressalte-se, entretanto, a existência de divergência jurisprudencial: *“A contra-prestação do serviço do trabalhador tem como piso o mínimo legal, sendo irrelevante trabalhar o obreiro em jornada reduzida”* (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0005861, de 15.10.90, rel. Min. Antonio Amaral)

²⁴⁹ Fatos e Cifras. In: *Trabajo. Revista de la O.I.T.*. Ginebra: OIT, jun. de 1994. p.25

²⁵⁰ *“A manutenção dos pisos estabelecidos em valores fixos funciona como medida social relevante que vem contribuindo, de modo significativo, para a elevação dos salários de diversas categorias profissionais, ao mesmo tempo em que transforma o mínimo, de oficial e imposto, em negociado pelos próprios interlocutores sociais”*. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. cit. p.120)

salário-família do inciso XII destinado aos seus dependentes, há os incisos XXX e XXXI, que prevêm proibições de discriminação.

São também considerados direitos sociais tipicamente laboristas, o décimo terceiro salário, agora estendido aos aposentados²⁵¹; o adicional noturno, com a limitação do seu valor mínimo prevista infra-constitucionalmente²⁵²; o repouso semanal remunerado²⁵³; o adicional de hora extraordinária, com a limitação constitucional do mínimo em 50% sobre o valor da hora ordinária²⁵⁴; as férias anuais, acrescidas de gratificação de, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal²⁵⁵; a licença à gestante de 120 dias e a licença-paternidade de, provisoriamente, 5 dias²⁵⁶; os adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade²⁵⁷; a assistência gratuita em creches e pré-escolas²⁵⁸; o direito de ação judicial e o de negociação coletiva extra-judicial²⁵⁹; e o seguro contra acidentes do trabalho²⁶⁰.

A participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, desvinculada da remuneração, enquanto direito social tipicamente laborista, conforme prevê a Constituição Federal de 1988²⁶¹, se constitui em mais um elemento de instituição, no Brasil, da chamada flexibilidade salarial²⁶², na medida em que, mesmo com a

²⁵¹ Inciso VIII e artigo 201, § 6º

²⁵² Inciso IX e artigo 73, §§ 1º a 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho

²⁵³ Inciso XV

²⁵⁴ Inciso XVI

²⁵⁵ Inciso XVII

²⁵⁶ Incisos XVIII e XIX e artigo 10, § 1º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

²⁵⁷ Inciso XXIII e artigos 189 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há, ainda, a instituição legal do adicional de penosidade.

²⁵⁸ Inciso XXV

²⁵⁹ Incisos XXVI e XXIX

²⁶⁰ Inciso XXVIII

²⁶¹ Inciso XI

²⁶² Outro elemento de instituição da chamada flexibilidade salarial, a título exemplificativo, é dado pela Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, que institui o vale-transporte (artigo 2º).

conotação de contra-prestação pelo serviço prestado à empresa, não compõe “a base de incidência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade”²⁶³.

Há os direitos sociais tipicamente laboristas cuja eficácia se encontra limitada em decorrência da dependência de regulamentação infra-constitucional²⁶⁴, mediante lei ordinária, como é a hipótese da proteção ao mercado de trabalho da mulher²⁶⁵, da proteção em face da automação²⁶⁶ e da redução dos riscos inerentes ao trabalho²⁶⁷. Há a previsão constitucional, de imediata aplicação, de proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos²⁶⁸. E ainda há a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz²⁶⁹, em conformidade com os princípios da ordem social concernentes às crianças e aos adolescentes (artigo 227, § 3º).

4.1.2.1.1. A Flexibilidade Negocial

O inciso VI determina a irredutibilidade salarial, excepcionando-a expressamente mediante convenção ou

²⁶³ “Toda empresa deverá convencionar com seus trabalhadores, por meio de comissão por eles escolhida, a forma de participação daqueles em seus lucros ou resultados. O instrumento de acordo celebrado será arquivado na entidade sindical dos trabalhadores”. (artigos 2º, §§ 2º e 3º, da Medida Provisória nº 1.169, de 26 de outubro de 1995)

²⁶⁴ De acordo com José Afonso da Silva, “normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem de outras providências normativas, para que possam surtir os efeitos essenciais, colimados pelo legislador constituinte”. (Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.107)

²⁶⁵ Inciso XX

²⁶⁶ Inciso XXVII

²⁶⁷ Inciso XXII

²⁶⁸ Inciso XXXII

²⁶⁹ Inciso XXXIII

acordo coletivo de trabalho. Eis aqui a primeira hipótese constitucional de flexibilidade negociada²⁷⁰. Os incisos XIII e XIV, que tratam, respectivamente, da duração do trabalho normal, que não será superior a 8 horas diárias e 44 semanais - facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho²⁷¹ -, e da duração da jornada para trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, que será de 6 horas diárias - salvo negociação coletiva²⁷² -, consagram os primeiros direitos tipicamente

²⁷⁰ “Com a inserção na Constituição Federal da possibilidade de serem os salários reduzidos só por instrumento da negociação coletiva, parece certo que, mesmo em circunstâncias excepcionais, só será lícita a redução quando estipulada em convenção ou acordo coletivo. É a tese da flexibilidade sob tutela sindical”. (SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. cit. p.446-7). A respeito: “Preservação da negociação coletiva, como instrumento de adequação dos interesses coletivos, acima dos particulares, reconhecida pela Constituição Federal de 1988, com a consagração da autonomia negocial até mesmo para excepcionar o princípio da irredutibilidade salarial”. (Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº 0002491, de 13.10.92, rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani)

²⁷¹ Um exemplo de aplicação do inciso XIII é a discussão em torno da jornada 12/36. Segundo certa corrente jurisprudencial, mais conforme à ótica da flexibilidade: “Regime de 12 horas por 36 horas de descanso. Sistema de compensação resultante da extrapolação da jornada normal em alguns dias e da conseqüente redução em outros. Entende-se que não se caracteriza o prejuízo ao obreiro, porquanto houve cumprimento de acordo coletivo celebrado”. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0103944, de 01.09.94, rel. Min. Lourenço Prado). De acordo com outra corrente jurisprudencial, mais rígida: “A jornada laborativa de 12 horas é ilegal, mesmo quando intercalada de 36 horas de descanso, eis que contraria o propósito constitucional de limitar a duração do trabalho diário, haja vista o disposto nos incisos XIII, XIV e XVI”. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0153040, de 02.08.95, rel. Min. Valdir Righetto)

²⁷² Uma curiosidade com relação ao inciso XIV é que ele somente referencia o limite máximo diário, não prevendo expressamente o limite máximo semanal, como faz o inciso XIII. Assim, há quem entenda a possibilidade de se negociar coletivamente turnos ininterruptos de revezamento cuja limitação seria o montante de 180 horas mensais. Entretanto, segundo outro entendimento, do qual participa Luiz Eduardo Gunther, “quando a norma constitucional estabelece jornada de 6 horas diárias para quem trabalha em turnos ininterruptos de revezamento, e logo a seguir consagra o direito ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, deixa claro que existe um limite semanal (e não mensal) que é de 36 horas”. (Questões sobre os Turnos Ininterruptos de Revezamento. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba: v. 20, n. 01, jan/dez de 1995. p.106)

laboralistas conquistados pelos trabalhadores²⁷³. No caso brasileiro, prevêem ainda duas outras hipóteses de flexibilidade negociada. De acordo com o ideário da direita, entretanto, as duas últimas hipóteses referidas merecem severa oposição, em razão de a adoção do módulo semana, na distribuição do tempo de trabalho, ao invés do módulo semestre ou ano, dificultar a negociação pela flexibilidade²⁷⁴.

A respeito e em reforço desta oposição, observa Arion Sayão Romita que, *“nos países do Primeiro Mundo, deuse há muito o rompimento do módulo hebdomadário em tema de duração do trabalho. Praticam-se horários modulantes em base anual, desde que seja celebrada convenção coletiva de modulação”*²⁷⁵. Entretanto, cumpre alertar que os horários modulantes somente foram aceitos pelos trabalhadores em troca de expressiva redução da jornada de trabalho. Conforme Gerhard Bosch, tendo por referência a então República Federal da Alemanha, a superação do módulo hebdomadário se fêz substituir inicialmente pelo módulo bimestral (1985), depois pelo módulo semestral (1987), e, por fim, pelo módulo anual (1990), *“em*

²⁷³ *“É curioso observar que as primeiras leis trabalhistas, de cunho marcadamente protecionista, ocuparam-se da limitação da jornada diária do trabalho, procurando fixar os parâmetros razoáveis dentro dos quais o trabalho humano passaria a ser prestado nas empresas do início da sociedade industrial”*. Assim: Inglaterra (1847), jornada de 10 h/d; França (1848), jornada de 12 h/d; Suíça (1877), jornada de 11 h/d; Estados Unidos (1868), jornada de 8 h/d no serviço público federal, etc. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993. p.216-7)

²⁷⁴ *“Os empregadores normalmente condicionam a redução da jornada de trabalho à liberdade para dispor da mão-de-obra de maneira flexível, havendo uma tendência para o implemento do módulo anual ou anualização, especialmente nos setores em que as variações de produção exigem, alternadamente, horas extras ou desemprego parcial, conforme as flutuações do mercado. Nos Estados Unidos, as jornadas de trabalho sofreram pequena redução nos últimos 30 anos, sendo sensivelmente superiores às vigentes na Europa; atingiram, em 1990, na manufatura, a média de 1904 horas anuais”*. (ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Moderno Direito do Trabalho. cit. p.214-5)

²⁷⁵ ROMITA, Arion Sayão. Horas Extraordinárias: Base Diária ou Anual? In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: n. 84, dez de 1993. p.14

*consonância com a redução da jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas/semana para 38,5 (trinta e oito e meia) horas/semana no ano de 1985, 37 (trinta e sete) horas/semana no ano de 1987 e 35 (trinta e cinco) horas/semana no ano de 1990*²⁷⁶.

4.1.2.1.2. Consideração Crítica

Em que pese a previsão no Brasil do módulo hebdomadário, conjugando o inciso VI, que admite a redução remuneratória, com os incisos XIII e XIV, que autorizam a flexibilidade da jornada de trabalho, tudo mediante a negociação coletiva, impossível alegar, do ponto de vista dos direitos sociais tipicamente laboristas, a existência de rigidez na Constituição Federal de 1988. Ao contrário, em sendo possível a negociação do salário do trabalhador e do seu tempo à disposição do empregador, que são os principais elementos do contrato de trabalho, qualquer relação de emprego, pelo menos em tese, pode vir a se adaptar às necessidades conjunturais das empresas²⁷⁷. Por outro

²⁷⁶ BOSCH, Gerhard. De las Cuarenta a las Treinta e Cinco Horas. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: v. 109, n. 4, 1990. p.587-90.

²⁷⁷ “Uma aplicação prática e bastante freqüente de flexibilização de direitos é a prefixação do número de horas “in itinere” através de convenção coletiva, muito comum no meio rural. (...) Horas “in itinere” envolvem salário, de um lado, e de outro, jornada de trabalho. Envolvem jornada quando consideradas como tempo à disposição do empregador, e envolvem salário quando vistas como parte integrante dos ganhos pecuniários do trabalhador”. (LARA, Waldir de Resende. Prefixação de Horas “In Itinere” e Flexibilização de Direitos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região. Campinas: n. 04, jan/jun de 1993. p.90-1). Cabe aqui ressaltar que a aplicação referida tem encontrado forte oposição nos tribunais, por ocultar o combatido “salário complessivo”, e não a conjugação correta da flexibilidade constitucional. Por “salário complessivo” se entende “aquela retribuição fixada “a forfait” para atender, englobadamente, ao pagamento do salário básico e outras prestações devidas pelo empregador ao trabalhador”. (SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. cit. p.347). Um outro argumento contrário à prefixação do número de horas “in itinere”, relacionado ao princípio da boa-fé, consta do artigo: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. A Limitação das Horas “In Itinere” por Meio de

lado, não se deve desconsiderar que os maiores críticos da rigidez dos direitos sociais são, na prática nacional, os mais refratários à flexibilidade negociada do salário e do tempo de serviço²⁷⁸.

4.1.2.2. Os Direitos Sociais Rescisórios

Em nenhuma outra região do mundo, de acordo com o estudo comparativo de Arturo S. Bronstein, a inclusão dos direitos sociais rescisórios no corpo das Constituições Econômicas, juntamente com os direitos sociais tipicamente laboristas, se reveste da importância social que possui na América Latina, muito provavelmente em razão da tradição iniciada com a Constituição Mexicana de 1917²⁷⁹. A título ilustrativo, são exemplos desta tendência: 1. a Constituição do Peru de 1979, que prescreve que o trabalhador só pode ser despedido por justa causa, conforme previsão legal e devidamente comprovada; e 2. a Constituição da Guatemala de 1985, que estabelece a obrigação do empregador de indenizar com um mês de salário por ano de serviço do trabalhador, quando da dispensa injustificada, salvo melhor disposição.

A Constituição Federal de 1988 inaugura a relação dos direitos sociais rescisórios com a previsão de que, nos

Convenção Coletiva. In: Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: n. 20, out de 1994. p.346

²⁷⁸ “*As duas principais centrais sindicais (Central Única dos Trabalhadores e Força Sindical) estão apostando na redução da jornada de trabalho como uma proposta fundamental para o aumento do nível de emprego. Já para a Confederação Nacional da Indústria, a redução da jornada pode ter até efeito mederado de aumento de vagas no início, para manter o nível de produção, mas depois a tendência é de queda, pois reduzir a jornada implica aumento de custo. O Departamento Intersindical de Estudos e Estatísticas Sócio-Econômicas defende a redução da jornada de trabalho sem redução de salários, porém com a inclusão da jornada anual flexível*”. (NEUMANN, Denise. Centrais Apostam na Redução da Jornada. In: O Estado de São Paulo. São Paulo: de 14.04.96. p.B8)

²⁷⁹ BRONSTEIN, Arturo S.. La Protección contra el despido Injustificado en América Latina. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del trabajo, v. 109, n. 02, 1990. p.271-2

termos de lei complementar, a relação de emprego será protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, que se consubstanciará, dentre outros direitos, em indenização compensatória²⁸⁰. De acordo com esta previsão, entende Amauri Mascaro Nascimento que “a Constituição Federal de 1988 revogou a estabilidade que o trabalhador obtinha aos 10 anos de serviço” e lembra que “a Lei n.º 7839/89, em seu artigo 12, somente ressalvou o direito adquirido dos trabalhadores que à data da promulgação da Constituição Federal de 1988 já tinham estabilidade, critério mantido pela também ordinária Lei n.º 8036/90”²⁸¹.

Não havendo sido ainda promulgada a legislação complementar referenciada no artigo 7º, o que assim também permite identificar a existência de uma modalidade de flexibilidade chamada omissiva²⁸², cumpre registrar que a ausência de proteção contra a arbitrariedade e a falta de causa justa por parte do empregador fez do Brasil um dos países de maior despotismo na despedida do trabalhador, pelo menos, em tese, até a entrada em vigor da Convenção n.º 158, da Organização Internacional do Trabalho, que não admite mais a demissão injustificada. A partir do ano de 1996, então, a experiência de flexibilidade externa nacional se aproximou da tradição européia,

²⁸⁰ Artigo 7º, inciso I

²⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. cit. p.382

²⁸² A flexibilidade também pode se manifestar na dimensão omissiva, notadamente quando se trata de omissão legislativa. Veja-se que a Constituição Federal de 1988, já prevendo a condescendência do legislador infra-constitucional, determina nos ADCTs: “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no artigo 6º, “caput” e § 1º da Lei n.º 5107, de 13 de setembro de 1966”. (artigo 10, I). A legislação referida nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias hoje se encontra substituída pelas leis citadas acima por Amauri Mascaro Nascimento, permanecendo, entretanto, a sua determinação: a proteção ao trabalhador consiste, transitoriamente, em uma multa de 40% a incidir sobre os depósitos do FGTS. E só isto.

datada do ano de 1951²⁸³. Vale lembrar que um importante exemplo de “dispensa flexível” na legislação alienígena, geograficamente próximo do Brasil, é a Lei Argentina de Contrato de Emprego²⁸⁴.

São também considerados direitos sociais rescisórios: o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário²⁸⁵; o fundo de garantia por tempo de serviço²⁸⁶; o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei²⁸⁷; e a aposentadoria²⁸⁸. Mesmo não prevista na Constituição Federal de 1988, há também a indenização adicional, disciplinada pela Lei n° 6708/79²⁸⁹. A estes direitos sociais rescisórios somam-se outros, tipicamente laboristas, mas que incidem quando da rescisão contratual: o pagamento das férias proporcionais ao período

²⁸³ Antônio Alvares da Silva esclarece que, a partir do modelo estabelecido pela lei alemã de proteção contra a dispensa, datada de 1951 e que influenciou todas as legislações europeias modernas sobre a dispensa flexível, “qualificou-se então como “socialmente justificada” e como “socialmente injustificada” a dispensa que se baseasse ou não em motivos centrados na pessoa, no comportamento ou no estabelecimento”. (Dispensa Arbitrária ou sem Justa Causa. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: n. 7 8, jul de 1992. p.3-4)

²⁸⁴ Carlos Alberto Livellara informa que “a lei laboral argentina prevê que nos casos em que a despedida ocorra por força maior ou por falta ou diminuição do trabalho não imputável ao empregador, suficientemente justificada, o trabalhador tem direito a uma indenização equivalente à metade da indenização por antiguidade. Ademais, em tais casos, a despedida deverá começar pelo pessoal menos antigo dentro de uma especialidade, e com respeito ao admitido em um mesmo semestre, deverá começar-se pelo que tiver menos encargos de família, ainda que se altere a ordem de antiguidade (artigo 247)”. (Relação de Emprego Protegida Contra a Despedida Arbitrária na Legislação Argentina. In: Direito Constitucional do Trabalho. cit. p.127)

²⁸⁵ Inciso II

²⁸⁶ Inciso III

²⁸⁷ Inciso XXI. A instituição do aviso-prévio se funda na tradição jurídico-civilista, em virtude da qual, em todos os contratos de trato sucessivo e de duração indeterminada, qualquer das partes contratantes pode estabelecer-lhes o fim, desde que não o faça intempestivamente.

²⁸⁸ Inciso XXIV

²⁸⁹ Trata-se de indenização adicional às indenizações previstas no artigo 7º, I e III, devida quando o trabalhador é despedido no período de 30 dias antecedentes ao reajustamento salarial coletivo da sua categoria profissional.

aquisitivo incompleto e o pagamento do décimo terceiro salário proporcional aos meses do ano da dispensa.

4.1.2.2.1. A Convenção n° 158, da Organização Internacional do Trabalho

Nos dias de hoje, como já se adiantou, a legislação laboral nacional não mais possui orientação avessa à proteção do trabalhador, pois, mediante o decreto legislativo n° 68/92 e o decreto executivo n° 1855/96²⁹⁰, o Brasil incorporou à ordem jurídica interna a Convenção n° 158, da Organização Internacional do Trabalho, que veda a despedida do trabalhador sem razão objetiva, ligada à sua aptidão ou à sua conduta ou fundada sobre necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço²⁹¹. Todavia, há quem recuse a efetividade ao novo disciplinamento, como regulamento complementar do artigo 7º, inciso I, como é o caso de Octávio Bueno Magano.

²⁹⁰ “O exame da Constituição Federal de 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, do sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (art. 84, VIII), também dispõe de competência para promulgá-los mediante decreto”. (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.480-3, Distrito Federal. Medida Liminar de 17 de julho de 1996, p.04. rel. Min. Celso de Mello)

²⁹¹ “A Convenção n° 158, da Organização Internacional do Trabalho, que não admite mais a demissão não justificada, dando ao trabalhador o direito de apreciar os motivos do término da relação de emprego judicialmente, foi depositada pelo Presidente da República no órgão internacional no dia 05.01.95. A referida Convenção não proíbe a demissão, mas exige que seja ela justificada”. (Redação. In: Revista LTr. São Paulo: ano 59, dez de 1995. p.1592). Segundo o item 29, do Manual de Procedimentos em Matéria de Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho, editado pela O.I.T., “todas as convenções contêm disposições relativas à sua entrada em vigor. A prática normal desde 1928 tem sido a de se prever a entrada em vigor das convenções doze meses depois do registro da segunda ratificação e, posteriormente, com referência a cada Estado que as ratifica, doze meses depois do registro da sua ratificação”.

Segundo o entendimento do autor, em tese que favorece a manutenção da arbitrariedade do empregador, “*como a ratificação da Convenção n° 158/82 foi levada a efeito através de decreto legislativo, que se caracteriza como lei ordinária, conclui-se que as regras nela contidas não poderão ter eficácia no Brasil*”²⁹². Alega-se, por essa linha de raciocínio, um vício de forma contra a Convenção n° 158.

Em que pese o argumento expendido, que introduz uma doutrina que não se confunde nem com a dualista (diferença entre direito interno e tratado internacional), nem com a monista (igualdade entre direito interno e tratado internacional), o fato é que, no Brasil, a doutrina adotada equipara a convenção internacional à lei interna, seja ordinária ou complementar, desde que ela se tenha submetido ao “*iter procedimental de incorporação*”²⁹³. Dessa maneira, descabido inquirir de formalmente inconstitucional a Convenção n° 158 em decorrência do procedimento legislativo complementar disposto no artigo 7°, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Não se pode confundir “*alhos com bugalhos*”. A incorporação de convenção internacional ao ordenamento interno se sujeita a um disciplinamento bastante próprio, não se subsumindo às regras constitucionais de elaboração de legislação complementar. E o procedimento de incorporação, constitucionalmente previsto, no caso da Convenção n° 158, restou com rigor observado.

Além disso, a história recentíssima da legislação brasileira não tem conferido à lei complementar exclusividade

²⁹² “*Vale dizer que a matéria objeto da Convenção n° 158 só poderá ter aqui aplicabilidade se disciplinada por lei complementar*”. (MAGANO, Octávio Bueno. Poder de Despedir. In: *Folha de São Paulo*. São Paulo: de 28.10.95. p.23)

²⁹³ “*Aprovada a convenção internacional pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna*”. (Revista Trimestral de Jurisprudência n° 58/70 e n° 83/809)

para o tratamento da proteção ao trabalhador, haja vista, dentre outros exemplos²⁹⁴, a edição da Lei n° 9029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a adoção de “*qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*”. Ainda mais quando se identifica em seu artigo 4° que “o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório faculta ao empregado optar entre: a readmissão ou a indenização”.

E não pode ser diferente a orientação de constitucionalidade do teor da Convenção n° 158, do ponto de vista também material, mesmo porque “*os direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988 não excluem (cumprе ressaltar) outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais (cumprе ressaltar, mais uma vez) em que o Brasil seja parte*”²⁹⁵. De acordo com Pedro Paulo Teixeira Manus, “o “*caput*” do artigo 7° já garante a possibilidade de outros direitos a trabalhadores urbanos e rurais, além daqueles que enumera. Isso quer dizer que optou o legislador por instituir um elenco de benefícios não

²⁹⁴ Outro exemplo é dado pelo artigo 118, da Lei n° 8213/91, ao prever a estabilidade do acidentado no trabalho. A respeito: “*Quando o artigo 10, dos ADCTs, estabelece que a lei complementar regulamentará os casos de despedida arbitrária ou sem justa causa, especificando o inciso I, do artigo 7°, da Constituição, não exclui a hipótese de criação de direitos trabalhistas por lei ordinária*”. (Tribunal Regional do Trabalho/São Paulo. Recurso Ordinário n° 5.916, de 18 de setembro de 1995. rel. Juiz Nelson Abbud João. In: Revista Trimestral de Jurisprudência do TRT de São Paulo. São Paulo: LTr, n. 03, dezembro de 1995. p.119). Entretanto, a matéria ainda não é pacífica. A respeito: “*Somente através de lei complementar é que se viabilizaria a questão relativa à citada estabilidade, a fim de resguardar o comando contido no artigo 7°, da Constituição*”. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n° 174.536/95.2, de 26.04.1996. 4ª Turma)

²⁹⁵ Artigo 5°, § 2°. Cumpre lembrar, para melhor esclarecimento, que as convenções da Organização Internacional do Trabalho, segundo José Alberto Couto Maciel, podem se definidas “*como Tratados Multilaterais Abertos, ou seja, acordos firmados por várias partes e que estão abertos à adesão a qualquer tempo*”. (Comentários à Convenção 158 da O.I.T.. São Paulo: LTr, 1996. p.13)

*taxativos, porque admite expressamente “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”*²⁹⁶.

4.1.2.2.2. Consideração Crítica

Da exposição realizada, também não é correto afirmar-se, do ponto de vista dos direitos sociais rescisórios, que a Constituição Federal de 1988 é rígida. Mesmo prevendo a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, o que se pretende é a coibição das dispensas praticadas subjetivamente, autorizando a flexibilidade quando pautada em critérios objetivos. Ademais disso, em decorrência da omissão do legislador infra-constitucional diante do artigo 7º, inciso I, e da polêmica em torno da incorporação da Convenção nº 158/82, o que hoje vigora no Brasil, mais generalizadamente, é a permanência de uma verdadeira rotatividade promíscua da mão-de-obra, com um incipiente embaraço institucional²⁹⁷ e, conseqüentemente, sem efetivo traço de rigidez.

4.1.3. Qual a Natureza Jurídica dos Direitos Sociais Previstos na Constituição Federal de 1988?

A resposta a esse questionamento é aparentemente simples: a natureza jurídica de grande parte dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 é “jus cogens”; entretanto, a natureza jurídica de outra parte, é “jus dispositivum”,

²⁹⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Despedida Arbitrária ou sem Justa Causa. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1995. p.91-2

²⁹⁷ “Em junho de 1996, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região decidiu que a Convenção 158 é constitucional, está em vigor e tem plena eficácia”. (NUNES, Eunice. TRT Decide que Convenção da OIT Está em Vigor no País. In: Folha de São Paulo. São Paulo: de 29.06.96. p. 3-2)

embora menor esta do que aquela. Com efeito, no caso do direito do trabalho, a imperatividade das suas normas se baseia no interesse de se organizar a economia, de se preservar conquistas sociais e na necessidade de proteger os economicamente débeis. Segundo Guillermo Cabanellas, “*por estar comprometido o interesse social, por ser questão de ordem pública e, também, porque a renúncia dos direitos sociais resulta prejudicial a terceiros, é indisponível a maior parte dos direitos conferidos pela legislação trabalhista*”²⁹⁸. Eis que: 1. o trabalho constitui uma função social; 2. no trabalho se comprometem os interesses pessoais do trabalhador e, também, dos parentes que dele dependem; e 3. a renúncia prejudica outros trabalhadores, que obtiveram vantagens por meio da solidariedade profissional.

Se se quisesse arrolar na Constituição Federal de 1988 os direitos sociais relativos ao trabalho sujeitos ao “*jus cogens*”, poder-se-ia descrever quase todo o artigo 7º, com exceção dos incisos VI, XIII e XIV, que tratam da irredutibilidade salarial, da duração do trabalho normal e da jornada de trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, respectivamente concernentes às hipóteses de flexibilidade negociada. Nesses casos, a disponibilidade dos direitos sociais se processa mediante a tutela sindical, que, “*in casu*”, confere menos amplitude ao “*jus dispositivum*”. Segundo Arnaldo Sussekind, a exceção à indisponibilidade se justifica porque “*a flexibilidade negocial tem por objetivo conciliar a fonte autônoma com a heterônoma, tendo por alvo a saúde da empresa e a continuidade do emprego*”²⁹⁹.

²⁹⁸ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. t. I. v. II. Buenos Aires: Heliasta, 1987. p.38

²⁹⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. v. I. cit. p.204

4.1.4. Qual a Consequência do Descumprimento dos Direitos Sociais Sujeitos ao “Jus Cogens”?

Esse questionamento é da mais alta importância para a constatação ou não da rigidez dos direitos sociais sujeitos ao “jus cogens”, uma vez que a ausência de consequência compatível com o seu descumprimento resulta por identificar um outro tipo de flexibilidade: a flexibilidade paralela. A flexibilidade paralela é aquela que decorre de um “modus operandi” dos órgãos oficiais e extra-oficiais, com atribuição de fiscalização, contrário ao discurso da imperatividade das normas do direito do trabalho. Em verdade, mantém-se o discurso, mas na prática se realizam outros propósitos, que resultam na negação da assertiva, às vezes legal, de rigidez dos direitos sociais. De nada valerá a determinação constitucional de que a remuneração das horas extraordinárias, por exemplo, se compadece de um acréscimo de 50% sobre o valor das horas ordinárias, se porventura ocorrer uma remuneração a menor e não houver uma pronta resposta institucional.

Em doutrina, sustenta-se que, sendo corolário dos direitos sociais sujeitos ao “jus cogens” a sua irrenunciabilidade, a disposição de um direito social assim identificado é nula de pleno direito. Entretanto, cumpre esclarecer, com Américo Plá Rodrigues, que *“o que se considera nula é a cláusula e não o contrato de trabalho, que permanece vigente. Esta é uma peculiaridade do direito do trabalho, porque no direito comum a nulidade, como regra geral, tem como consequência a inexistência do ato como tal”*³⁰⁰. Já, na prática, a renúncia dos direitos sociais sujeitos ao “jus cogens” não tem ensejado a declaração de nulidade por quem de direito, por exemplo, alguns juízes do trabalho. É o que se tem apreciado em temas como: a quitação

³⁰⁰ RODRIGUES, Américo Plá. ob. cit. p.103

rescisória e a conciliação judicial, em que, aparentemente, se resguarda da imperatividade do direito do trabalho, mas, simuladamente, se acolhem verdadeiras renúncias em prejuízo dos trabalhadores. E é o que se demonstrará em seguida.

4.1.4.1. A Quitação Rescisória

A quitação rescisória se encontra disciplinada pelo artigo 477, §§ 1º e 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pelas Leis nº 4066/62 e nº 5584/70³⁰¹, em que se determina que *“o pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por trabalhador com mais de 1 ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho”*. E mais: *“o instrumento de rescisão deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao trabalhador e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas”*.

Tais formalidades se justificam em razão do caráter irrenunciável dos direitos sociais sujeitos ao “jus cogens”, pouco importando tratar-se de renúncia durante a relação de emprego ou após o seu término. Com efeito, de nada adiantaria constar do inciso IX a determinação ao empregador do pagamento das horas noturnas em valor superior ao das horas diurnas, se se admitisse a renúncia pelo trabalhador dos direitos sociais após a cessação do contrato de trabalho.

³⁰¹ “Antes da alteração redacional do artigo 477, a rescisão contratual, independentemente do tempo de serviço ostentado pelo trabalhador, não era cercada de formalidade especial, podendo ser feita pelo próprio empregador, no âmbito da empresa, sem qualquer conferência por terceiros dos valores e verbas quitadas”. (CARMO, Júlio Bernardo do. Da Eficácia Liberatória da Quitação Advinda de Homologação de Rescisão Contratual Trabalhista. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3º Região. Belo Horizonte: ano 24, n. 53, jul de 1993. p.87)

Neste caso, o incentivo ao não pagamento durante a relação de emprego se tornaria flagrante, e a necessidade do trabalhador de receber qualquer quantia, já em situação de desemprego, constrange-lo-ia à renúncia.

Instituídas as formalidades para a quitação rescisória, amplo dissenso jurisprudencial se formou em torno da interpretação do artigo 477. Para certa vertente, a expressão “parcela” conferia ampla liberação ao empregador, de maneira que, presente a assistência sindical ou ministerial, o recibo de quitação impedia o trabalhador de questionar futuramente as rubricas correspondentes, por exemplo, à parcela horas-extras. Para outra vertente, a expressão “valor”, em verdade, liberava o empregador do montante pecuniário assentado no recibo de quitação, podendo montantes outros, relativos a uma parcela, serem questionados judicialmente, por exemplo, o valor R\$ 50,00 da mesma parcela horas-extras. Este último foi o entendimento acolhido pelo Tribunal Superior do Trabalho, mediante o Enunciado n° 41, aprovado pela resolução administrativa de 14.06.73³⁰².

Recentemente, entretentes, o Tribunal Superior do Trabalho, nas palavras de Júlio Bernardo do Carmo, “*fez ouvidos moucos à irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, a par de conferir superioridade jurídica ao empregador na relação de emprego*”³⁰³. Tudo isto quando da edição do Enunciado n° 330, aprovado pela resolução administrativa de 21.12.93³⁰⁴. Este enunciado

³⁰² “A quitação, nas hipóteses dos §§ 1º e 2º, do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo”.

³⁰³ CARMO, Júlio Bernardo do. ob. cit. p.91

³⁰⁴ “A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas”.

significa uma mudança de rumo na interpretação do artigo 477, em sentido contrário àquele entendimento consolidado em benefício do trabalhador há mais de 20 anos. A partir do Enunciado n° 330, a liberação do empregador passa a abranger toda a parcela consignada no recibo de quitação, e não mais só o valor expresso.

Ainda segundo Júlio Bernardo do Carmo, “o retorno malsão à jurisprudência ultrapassada de tempos idos, que confere eficácia plena e absoluta aos acordos rescisórios, procedidos mediante assistência sindical ou ministerial, merece ser defenestrado porque atenta gritantemente contra a autêntica interpretação da lei trabalhista, além de olvidar alguns dos princípios fundamentais que informam o direito do trabalho”³⁰⁵. Dentre os argumentos que o autor arrola contra o Enunciado n° 330, destacam-se:

1) quando o artigo 477 fala em quitação, cumpre lembrar que este instituto se encontra regulado pelo direito civil, em que o valor e a espécie da dívida quitada são elementos que se conjugam e não se dissociam, de modo que o efeito liberatório da quitação só alcança o montante efetivamente pago³⁰⁶;

2) a presunção “*juris et de jure*” de validade dos recibos rescisórios se constitui em privilégio conferido às empresas particulares, vez que aos registros de pessoal do Poder Público, quando envolvido com a contratação de trabalhadores pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, somente se reconhece a presunção “*juris tantum*” de validade³⁰⁷;

³⁰⁵ CARMO, Júlio Bernardo do. ob. cit. p.90

³⁰⁶ “A quitação designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou de seu representante”. (artigo 940, do Código Civil)

³⁰⁷ “Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias e fundações de direito público federais, estaduais e municipais, que não explorem atividade econômica, a presunção relativa de validade dos recibos de quitação ou pedidos

3) os documentos, no âmbito trabalhista, não têm a mesma relevância que em outros ramos do direito e só são válidos, quando contestados, se confirmados pelos meios que são adequados. A posição do trabalhador é de subordinação, o que o leva a formalizar documentos que nem sempre se coadunam com a realidade e que, por essa razão, não podem prevalecer³⁰⁸; e

4) a Constituição Federal de 1988 não tolhe sob nenhum aspecto o direito do trabalhador de recorrer ao Poder Judiciário, de maneira que nem mesmo uma lei pode impedi-lo de *submeter ao juízo a apreciação de lesão ou de ameaça a direito*³⁰⁹.

Em suma, o Enunciado n° 330 representa na prática a negação da tese da irrenunciabilidade dos direitos sociais sujeitos ao “jus cogens”, confirmando, assim, em prejuízo dos trabalhadores, a presença atuante no meio judicial do subterfúgio da flexibilidade paralela e a ausência de consequência compatível com a alegada rigidez da Constituição Federal de 1988. Não se deve desconsiderar, em boa hora, que há juízes do trabalho que não aplicam, nos seus julgados, o entendimento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho. Mesmo assim, a existência do Enunciado n° 330, “de per si”, já é sintoma suficiente para se refutar a tese contrária ao reconhecimento da flexibilidade dos direitos sociais no Brasil.

de demissão de seus empregados, ainda que não homologados nem submetidos à assistência mencionada nos §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho”(artigo 1º, I, do Decreto-lei n° 779/69)

³⁰⁸ “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”(artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho)

³⁰⁹ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”(artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988). “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores (incluindo os desempregados) e empregadores (...)” (artigo 114, da Constituição Federal de 1988)

4.1.4.2. A Conciliação Judicial

Segundo dispõe o artigo 764, da Consolidação das Leis do Trabalho, “*os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação*”. Para Américo Plá Rodrigues, “*a conciliação não importa necessariamente em renúncia, mas pode conduzir a ela. Dir-se-ia que a conciliação é o marco ou o procedimento de solução, um de cujos resultados possíveis é a renúncia. Mas do mesmo modo que pode haver renúncia sem conciliação, pode haver conciliação sem renúncia*”³¹⁰. No Brasil, pelo menos em tese, a conciliação judicial somente pode propiciar a realização de transação entre trabalhador e empregador, nunca a renúncia por parte daquele de qualquer direito social relativo ao trabalho sujeito ao “jus cogens”. E essa distinção se assenta na circunstância de que, na transação, além de se tratar de ato jurídico bilateral, o que vigora é a incerteza quanto ao objeto das concessões recíprocas³¹¹; e, na renúncia, ato jurídico unilateral, não existe a “res dubia”, mas sim um direito de existência certa, o que veda aos juízes do trabalho a sua homologação, também judicial.

Na prática, todavia, o que se tem presenciado é o incentivo mais apressado à renúncia dos direitos sociais, agora reforçado pela Lei nº 9022, de 05 de abril de 1995, que determina que, aberta a audiência, ao invés de se receber a defesa, se proponha a

³¹⁰ RODRIGUES, Américo Plá. ob. cit. p.110

³¹¹ “*A transação é ato jurídico bilateral, em virtude do qual, mediante concessões recíprocas, as partes interessadas extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Para que haja transação, é imprescindível que: a) duas pessoas, pelo menos, estejam vinculadas entre si, por força da relação jurídica da qual decorrem direitos e obrigações; b) haja incerteza no pertinente a determinado ou determinados direitos e obrigações; c) a dívida se refira a direitos patrimoniais, isto é, direitos incorporados ao patrimônio de uma das partes do contrato; d) a controvérsia seja extinta mediante concessões recíprocas*”. (SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. cit. p.216)

conciliação. Ou seja, na atual sistemática processual, antes mesmo de ser contraditado o pedido do autor (em regra, o trabalhador) e de se constituir a “res dubia”, a conciliação se impõe, resultando muitas vezes na homologação, por parte de alguns juizes do trabalho, de renúncia de direitos sociais. E a renúncia ocorre, segundo Domenico Ricardo Peretti Griva porque, *“depois de resolvida a relação de emprego e precisamente porque se encontra sem ocupação, o trabalhador tem de se preocupar com suas necessidades e, portanto, está propenso a aceitar o pequeno capital que lhe é oferecido pelo empregador, como meio para solucionar imediatamente o problema que o oprime”*³¹²

Estes fatos são corriqueiros, e não encontram contestação em doutrina. O que por vezes se encontra é uma possível justificativa da omissão dos juizes do trabalho quando da celebração de “transação” entre empregador e trabalhador. De acordo com Manoel Antônio Teixeira Filho, em justificativa pragmática, *“o certo é que se a transação pode ser, em determinados casos, prejudicial ao trabalhador (em sendo uma renúncia travestida), sabendo-se que quem tem fome não possui liberdade para negociar, pior seria sem ela, pois os longos prazos, que hoje se verificam, na solução das demandas, conspiram rudemente - infâmia que o Estado inflige aos miseráveis - contra as suas necessidades financeiras”*³¹³. Em outro contexto de análise, os argumentos assentados por Manoel Antônio Teixeira Filho também encontram respaldo na doutrina de Mauro Cappelletti³¹⁴

³¹² apud: RODRIGUES, Américo Plá. ob. cit. p.100-1

³¹³ TEIXEIRA Filho, Manoel Antônio. A Sentença no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994. p.265

³¹⁴ *“A demora excessiva é fonte de injustiça social porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta”*. (CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso como Fenómeno Social de Masa. In: Proceso, Ideologias, Sociedad. Buenos Aires: EJE, 1974. p.133-4)

Já a justificativa de Isis de Almeida para a homologação judicial de renúncia de direitos sociais é menos pudica, firmada como se encontra na leitura mal compromissada dos artigos 831, § único³¹⁵ e 847, § primeiro³¹⁶, ambos da CLT. Segundo o autor, dessa leitura “*se há de entender que não é lícito ao juiz interferir na transação. Não pode ele examinar senão a parte formal do acordo*”. Mesmo porque, ainda segundo o autor, “*ao juiz não compete intrometer-se (SIC) na manifestação de vontade dos litigantes, ainda que se admita que deva esclarecê-los a respeito do ato*”³¹⁷.

Ora, estando a maior parte dos direitos sociais sujeita ao “jus cogens”, a recusa aos juízes do trabalho do poder de não proferir a homologação judicial de uma “transação”, precisamente quando nociva ao trabalhador, representa a consagração institucional da flexibilidade paralela e de todas as consequências perniciosas que ela traz consigo. A infelicidade dessa prática torna-se mais evidente na medida em que se argumenta, como faz Isis de Almeida, que, “*se negando o juiz a homologar o ajuste, ou aceitando a violação da ordem pública como fundamento para a sua nulidade, redundam em tornar inteiramente inoperante o instituto da conciliação*”. E reforça o autor o raciocínio, indiferente à irrenunciabilidade dos direitos sociais, reconhecendo textualmente que “*a maioria das normas jurídicas*

³¹⁵ “No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível”.

³¹⁶ “Se houver acordo, lavrar-se-á o termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para o seu cumprimento”.

³¹⁷ ALMEIDA, Isis de. Manual de Direito Processual do Trabalho. v. I. São Paulo: LTr, 1994. p.45-6. Esquece-se o autor, em admitindo ao juiz do trabalho somente a análise formal da “transação”, que a sua análise de fundo se justifica tendo em vista que a homologação correspondente se procede mediante sentença, sujeita à ação rescisória, segundo o Enunciado 259, do Tribunal Superior do Trabalho. E, de acordo com o artigo 485, do Código de Processo Civil, somente sentença de mérito pode ser rescindida. Logo, a interpretação dos referidos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, constante da justificativa supra, não é a mais adequada.

*relativas ao trabalho é de ordem pública e quase sempre é, violando-as, que se concluem os acordos*³¹⁸.

Portanto, proferida a sentença decorrente da conciliação judicial, sacramenta-se, nas mais das ocorrências, a renúncia de direitos sociais, mesmo porque, como já se disse alhures, alguns juízes do trabalho sequer se atrevem a questionar os termos da “transação”, às vezes por pragmatismo, às vezes, por que não dizer, por espírito de comodidade. E outros juízes do trabalho, pior ainda, negam a sua própria razão de ser, julgando-se sem competência para tanto. Tudo isso, cumpre atentar, sem qualquer possibilidade de discussão posterior *das cláusulas do acordo judicialmente homologado*³¹⁹.

Assim, a chamada Justiça do trabalhador, tão alardeada pela direita, em mais sendo a Justiça do desempregado, se constitui em verdadeira Justiça do empregador, ou melhor, do mau empregador, que, mesmo não honrando as suas obrigações trabalhistas ao longo da relação de emprego, pode receber do Poder Público, através das sentenças homologatórias de alguns juízes do trabalho, uma quitação ampla e inquestionável dos seus deveres legais, em se aproveitando assim e descaradamente das necessidades mais imediatas do trabalhador sem emprego. Trata-se de manifesta negação fática da tese da rigidez dos direitos sociais no Brasil.

³¹⁸ ALMEIDA, Isis de. ob. cit. p.53

³¹⁹ “A transação judicial, supondo concessões recíprocas e abrangendo por completo o litígio, impede a propositura de nova reclamatória, fundada em falta de discriminação de algum título, dado que colocou fim à lide, com julgamento de mérito, não permitindo novo pronunciamento sobre a questão” (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº 0000727, de 05.09.1990, rel. Min. Guimarães Falcão)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso sobre a flexibilidade e a rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho, conforme as considerações constantes dos capítulos 1 e 2 desta dissertação, se insere dentro de um *âmbito temático mais abrangente*. É a chamada *crise da Constituição Econômica*, enquanto manifestação jurídica do Estado Intervencionista, o seu pano de fundo. Com efeito, a partir dos choques econômicos mundiais desencadeados na década de 70, a proposta de flexibilidade dos direitos sociais, em oposição ao seu pretense caráter rígido, se apresenta como a “mais racional” e, até mesmo, a única solução para os problemas da globalização da economia, que têm envolvido as empresas privadas com as contingências dos avanços tecnológicos e da competitividade do mercado, também em escala mundial.

Entretanto, mais do que o que seja dito pelo discurso da crise do Estado Intervencionista e da correspondente Constituição Econômica, interessa saber o que ele não diz, ou, pelo menos, o que não esteja tão manifesto nos seus propósitos. Isso porque não há qualquer dúvida de que a sua intenção declarada é a redução e, às vezes, a supressão dos direitos sociais consolidados no século XX. Assim, para melhor assentar o contexto em que se encontra localizada a proposta da flexibilidade dos direitos sociais, notadamente em razão da doutrina neoliberal, cumpre destacar três considerações:

1. o discurso da crise parte de premissas político-liberais em voga nos séculos XVIII e XIX para enfrentar os problemas próprios do Estado Intervencionista do século XX, colocando sem maiores indagações os interesses contingenciais das empresas privadas acima dos direitos conquistados pelos trabalhadores;

2. o discurso da crise não questiona em momento algum a potencialidade do retrocesso que impõe à declaração de direitos, desconsiderando tanto a perniciosidade histórica do “laissez faire, laissez passer” nas relações humanas quanto as desigualdades sócio-econômicas entre empregadores e trabalhadores; e

3. o discurso da crise não se compromete a solucionar quaisquer dos problemas sociais de hoje em dia, como os apontados pelos crescentes índices de desemprego³²⁰, centrando-se como proposta de solução de caráter estritamente econômico.

No Brasil, o discurso da flexibilidade dos direitos sociais se faz sentir expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, consolidado na modalidade negocial em três distintas hipóteses: a) a redução salarial mediante convenção ou acordo coletivo³²¹; b) a compensação de horários e a redução da jornada normal mediante acordo ou convenção coletiva³²²; e c) a negociação coletiva realizada em torno da jornada em turnos ininterruptos de revezamento³²³. O capítulo 3 enfrenta os argumentos empresariais, os quais se convencionou nesta dissertação denominar de argumentos de direita, relativos às amarras institucionais mantenedoras da rigidez dos direitos sociais: a) a estrutura paritária da Justiça do Trabalho; b) a sentença normativa; e c) o princípio da unicidade sindical. A respeito deles, convém registrar as seguintes considerações:

1. a estrutura paritária da Justiça do Trabalho, se por um lado não auxilia a negociação coletiva, por outro lado não a atrapalha, havendo inclusive farta argumentação da esquerda contrária à

³²⁰ No começo de 1994, 820 milhões de pessoas (30% da população ativa mundial) se encontram desempregadas (120 milhões) ou subempregadas (700 milhões). (Fatos e Cifras. In: Trabajo. Revista de la OIT. cit. p.25)

³²¹ Artigo 7º, inciso VI

³²² Artigo 7º, inciso XIII

³²³ Artigo 7º, inciso XIV

sua manutenção, dada a sua real inutilidade. Assim, não se pode, com rigor de análise, atribuir a ela a denominação de amarra;

2. a sentença normativa decorrente de dissídios coletivos, no que concerne às hipóteses constitucionais de flexibilidade negociada, não se constitui em entrave algum, mesmo porque não se destina a substituir a vontade das partes representadas por seus sindicatos. A sentença normativa não pode fazer as vezes, nas hipóteses expressas do artigo 7º, da negociação coletiva frustrada; e

3. o princípio da unicidade sindical também não consiste em empecilho à flexibilidade negociada, posto que o sucesso ou insucesso da negociação coletiva se deve à intenção verdadeira das partes interessas em negociar, estejam elas organizadas mais abstrata ou mais concretamente.

A identificação de rigidez atribuída à Constituição Federal de 1988, em consequência, não é verdadeira. Conforme se procura demonstrar no capítulo IV, inclusive recorrendo a argumentos que se convencionou denominar de argumentos de esquerda, o ordenamento jurídico brasileiro, além das hipóteses constitucionais expressas de flexibilidade negociada, possui também hipóteses implícitas, que decorrem da chamada flexibilidade interpretativa (salário mínimo proporcional à jornada de trabalho), da flexibilidade por omissão legislativa (ausência de proteção ao trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa) e da flexibilidade paralela (quitação rescisória e conciliação judicial).

Há, ainda, as hipóteses de flexibilidade do tempo de serviço (contrato temporário de trabalho) e de flexibilidade salarial (vale-transporte e participação nos lucros da empresa). Tudo isto sem falar na incidência absurda do instituto da prescrição do direito de ação no caso do trabalhador urbano, que, no ordenamento jurídico

brasileiro, tem o seu termo “a quo” acionado enquanto ainda em curso o contrato de trabalho, ou seja, a prescrição no Brasil tem incidência antes da extinção do contrato de trabalho e da decorrente cessação da subordinação jurídica do trabalhador em face do empregador³²⁴.

Dessa maneira, a flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho no Brasil, mais do que um discurso de estrita propositura, é prática amplamente disseminada nos meios empresariais e judiciais. E, precisamente por essa razão, está a merecer a necessária reflexão crítica e a companhia de articulada oposição.

Impondo-se como a resposta da globalização das demandas econômicas, tecnológicas e de competitividade das empresas privadas, o discurso da flexibilidade dos direitos sociais exige equivalente contra-resposta, que não se restrinja a pressupor a organização representativa dos trabalhadores no país inteiro e em todos os países, mas que impescinda da organização globalizada do trabalho, tal como ocorre com a organização globalizada do capital. Experiências há de organização dos trabalhadores no plano de empresas multinacionais³²⁵, necessidade se impõe da organização transnacional dos trabalhadores. Se o discurso da flexibilidade em um dado país se justifica em decorrência das menores vantagens conferidas ao trabalho em um outro país, e assim sucessivamente, até a supressão, em tese,

³²⁴ “A ação quanto aos direitos resultantes das relações de trabalho possui prazo prescricional de cinco anos, para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho” (artigo 7º, inciso XXIX, letra “a”)

³²⁵ O Comitê Sindical Mundial é a primeira comissão de fábrica no plano mundial, criada após um longo processo de negociação entre sindicatos e a direção da empresa SKF, multinacional de origem sueca. O comitê, integrado por 25 representantes designados pelos sindicatos dos 15 países em que está presente a multinacional, se reunirá ao menos uma vez por ano para receber informações industriais, econômicas e financeiras, tudo a cargo da empresa SKF. (Planeta Trabajo. In: Trabajo. Revista de la OIT. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, n. 11, mar de 1995. p.29)

dos direitos sociais, tal círculo vicioso romper-se-á só mediante a organização internacional dos trabalhadores.

Caso contrário, em não se pugnando pela instauração de um sistema de obrigações internacionais para a tutela dos interesses dos trabalhadores, inclusive nos países mais pobres, onde se verificam - na exploração do trabalho humano - práticas assemelhadas à escravidão, as oposições da esquerda, formuladas no plano nacional ao discurso da flexibilidade dos direitos sociais, do ponto de vista prático, serão inadequadas, muito embora persistam, sob o prisma da conscientização política, legítimas e até mesmo necessárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGESTA, Luis Sanchez. Curso de Derecho Constitucional. Granada: Ventura Hita, 1948.
- ALMEIDA, Isis de. Manual de Direito Processual do Trabalho. v. I. São Paulo: LTr, 1994.
- ANTONCICH, Ricardo. Trabalho e Liberdade. A Teologia da Libertação e a Laborem Exercens. trad.: José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1989.
- AYALA, Francisco. Tratado de Sociología. t. II. Buenos Aires: Losada, 1947.
- BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 59, ag de 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. v. II. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. Aspectos Estruturais da Representação Classista na Justiça do Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 58, mai de 1994.
- BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda. Razões e Significados de uma Distinção Política. trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1995.
- _____. Estado, Governo e Sociedade. trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- _____. Liberalismo e Democracia. trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BOSCH, Gerhard. De las Cuarenta a las Treinta e Cinco Horas. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: v. 109, n. 04, 1990.
- BOSI, Alfredo. Dialética da Colonização. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- BRONSTEIN, Arturo S.. El Trabajo Temporal en Europa Occidental: Antagonista o Complemento del Empleo Permanente? In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 110, n. 4, 1991.
- _____. La Protección contra el Despido Injustificado en América Latina. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 109, n. 02, 1990.

- BRUN, André. GALLAND, Henri. Droit du Travail. Les Rapports Individuels de Travail. t. I. Paris: Sirey, 1978.
- BRUNETTA, Renato. Il Conflito e le Relazioni di Lavoro negli Anni 90. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.
- CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. t. I. v. I e II. Buenos Aires: Heliata, 1987.
- CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1977.
- CAPELLETTI, Mauro. El Proceso como Fenómeno Social de Masa. In: Proceso, Ideologias, Sociedade. Buenos Aires: EJEA, 1974.
- CARMO, Júlio Bernardo do. Da Eficácia Liberatória da Quitação Advinda de Homologação de Rescisão Contratual Trabalhista. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte: ano 24, n. 53, jul de 1993.
- CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CARVALHOSA, Modesto. Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- CASTORIADIS, Cornélius. Natureza e Validade da Igualdade. In: Encruzilhadas do Labirinto II. Domínios do Homem. trad.: José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CESARINO Júnior, Antônio Francisco. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980.
- CICCARONE, Giuseppe. Il Modello Britannico di Welfare State. In: Il Conflito del Lavoro. coord.: Renato Brunetta. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.
- CÍCERO, Marco Tulio. Da República. trad.: Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d.
- COSTA, Orlando Teixeira da. Breve Introdução aos Precedentes Normativos do TST. São Paulo: LTr, 1993.
- _____. Direito Coletivo do Trabalho e Crise Econômica. São Paulo: LTr, 1991.
- _____. Reflexões Preliminares sobre a Renúncia e a Transação num Processo de Flexibilização Laboral. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba: v. 16, n. 01, jan/jun de 1991.

- COTRIM Neto, Alberto Bittencourt. A Intervenção do Estado na Economia: seu Processo e Ocorrência Históricas. In: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, n. 5.
- CRETELLA Júnior, José. Comentários à Constituição de 1988. v. VI. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- CUEVA, Mario de la. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. v. I. México: Editorial Porrúa, 1981.
- CUÓCO, Uiracy Torres. Realidade Sindical. In: Revista LTr. São Paulo: ano 58, mar de 1994.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e Constituinte. São Paulo: Saraiva, 1982.
_____. O Futuro do Estado. São Paulo: Moderna, 1980.
- DAUBLER, Wolfgang. El Futuro del Derecho del Trabajo. In: Revista Jurídica do Trabalho. Salvador: n. 05, jun de 1989.
- DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Edicusa, 1979.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. Tributação e Mudança Social. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FALCHETTI, Roberto. Una Nueva Dimension del Derecho del Trabajo: El Desafío de la Flexibilidad. In: Revista Jurídica do Trabalho. Salvador: ano II, n. 06, jul/set de 1989.
- FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. Apresentação. In: Norberto Bobbio. Teoria do Ordenamento Jurídico. trad.: Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis, 1989.
_____. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1995.
_____. Modelo de Estado. Seminário Revisão Constitucional. São Paulo: Centro de Estudos da PGE/SP, 1994.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1982.
- FLORES, Joaquim Herrera. Crisis de la Ideología o Ideología de la Crisis? Respuestas Neoconservadoras. In: Revista Crítica Jurídica. Buenos Aires: n. 13, 1993.
- FORSTHOFF, Ernst. Sociedad Industrial y Administracion Publica. trad.: Celestino Fernández de la Vega. Madrid: ENAP, 1967.

- FRAGA, Ricardo Carvalho. Relação de Emprego e Flexibilização. In: Aspectos dos Direitos Sociais na Nova Constituição. coord.: Ricardo Carvalho Fraga. São Paulo: LTr, 1991.
- FRANCO, Tomás Sala. La Flexibilidad en el Mercado del Trabajo en España. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. Granada: Fundacion Friedrich Ebert, 1986.
- FURTADO, Sebastião Antunes. Crise Econômica e Flexibilidade do Mercado de Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 51, set de 1987.
- GENRO, Tarso Fernando. A Crise da Lei: a Real e a Imaginária. In: Revista LTr. São Paulo: ano 54, jul de 1990.
- _____. Em Defesa do Poder Normativo e da Reforma do Estado. In: Perspectivas do Direito do Trabalho. coord.: Beinusz Szmukler. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.
- GENTILI, Pablo. Neoliberalismo, Exclusão Social e Políticas Educativas. In: Plural. Revista da Associação dos Professores da UFSC. Florianópolis: n. 7, ano 5, jan/jun de 1996.
- GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. A Limitação das Horas “In Itinere” por Meio de Convenção Coletiva. In: Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: n. 20, out de 1994.
- GIORGI, Raffaele di. MARRA, Realino. Manuale di Diritto del Lavoro e Legislazione Sociale. Bologna: Zanichelli, 1983.
- GOMES, Angela de Castro. A Invenção do Trabalhismo. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1988.
- GOMES Neto, Indalécio. Características do Sindicalismo Brasileiro. In: Revista LTr. São Paulo: ano 58, mar de 1994.
- GOMES, Orlando. A Crise do Direito. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- GOTTSCHALK, Elson. A Constituinte e a Justiça do Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 50, jan de 1986.
- GOYTISOLO, Juan Vallet. Estado de Derecho. In: O Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

- GRUPPI, Luciano. Tudo Começou com Maquiavel. Concepções de Estado em Marx, Engels, Lenin e Gramsci. trad.: Dario Canali. São Paulo: L&PM, 1987.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. Questões sobre os Turnos Ininterruptos de Revezamento. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba: v. 20, n. 01, jan/dez de 1995.
- HABERMAS, Junger. Ensayos Políticos. trad.: Pedro Sanches. Barcelona: Ediciones Península, 1987.
- HELLER, Herman. Teoria do Estado. trad.: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HOBBS, Thomas. Do Cidadão. trad.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- HOYOS, Arturo. La Flexibilización del Derecho Laboral en Panamá. In: Flexibilización del Trabajo. coord.: Oscar Hernandez Alvarez. Caracas: Lisandro Alvarado, 1990.
- IRTI, Natalino. Introduzione allo Studio del Diritto Privato. Padova: Cedam, 1990.
- IVANOV, Sémion. Réforme du Droit du Travail en Ex-URSS Lors du Passage de L'Économie Centralisée Vers L'Économie de Marché. In: Revue Internationale de Droit Comparé. Paris: n. 2, abr/jun de 1993.
- KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. trad.: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LARA, Waldir de Resende. Prefixação de Horas "In Itinere" e Flexibilização de Direitos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas: n. 04, jan/jun de 1993.
- LIVELLARA, Carlos Alberto. Relação de Emprego Protegida Contra a Despedida Arbitrária na Legislação Argentina. In: Direito Constitucional do Trabalho. coord.: Aluisio Rodrigues. São Paulo: LTr, 1993.
- LOBO, Eugênio Roberto Haddock. A Justiça do Trabalho e a Imperiosa Necessidade de sua Reforma. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba: v. 17, n. 01, jan/dez de 1992.
- LUCENA, Hector. La Flexibilización Neoliberal en Venezuela. In: Revista Nueva Sociedad. Caracas: n. 110, dez de 1990.
- MACIEL, José Alberto Couto. A Justiça do Trabalho no Brasil. In: Revista LTr. São Paulo: ano 46, fev de 1982.

- _____. Comentários à Convenção 158 da OIT. São Paulo: LTr, 1996.
- MAGANO, Octávio Bueno. Pontos de Inflexão na Estrutura Sindical. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989.
- MALHADAS, Júlio Assumpção. Flexibilização de Direitos. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Despedida Arbitrária ou sem Justa Causa. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC, 1995.
- MARANHÃO, Délio. Instituições de Direito do Trabalho. v. I. São Paulo: LTr, 1995.
- MARSHALL, Adriana. Consecuencias Económicas de los Regímenes de Protección de los Trabajadores en América Latina. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 113, n. 01, 1994.
- MARTINS Filho, Ives Gandra. Processo Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994.
- MELGAR, Alfredo Montoya. Tendencias Actuales del Derecho del Trabajo en España. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba: v. 16, n. 1, jan/jun de 1991.
- MELLO, Marco Aurélio Farias de. Estabilidade no Emprego de Dirigentes e Representantes Sindicais. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989.
- MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. trad.: Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. t. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- _____. Democracia, Liberdade e Igualdade. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. Sistema de Ciência Positiva do Direito. v. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- MOLINA, José Luis Malo de. La Flexibilidad del Mercado desde la Perspectiva de la Política Económica. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. Granada: Fundación Friedrich Ebert, 1986.
- MONCADA, Luis Cabral de. Direito Económico. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1988.

- MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. trad.: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- MORAES Filho, Evaristo de. A Filosofia Social da Legislação do Trabalho Brasileira. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: n. 64, ano 11, nov/dez de 1986.
- MOREIRA, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo. Coimbra: Centelha, 1978.
_____. Economia e Constituição. Coimbra: Centelha, 1974.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1990.
_____. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
_____. Evolução Histórica do Sindicalismo. In: Sindicalismo. coord.: Arion Sayão Romita. São Paulo: LTr, 1986.
_____. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Flexibilização do Direito do Trabalho. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém: jan/jun de 1992.
- OFFE, Claus. Capitalismo Desorganizado. trad.: Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- OLEA, Manuel Alonso. Introdução ao Direito do Trabalho. trad.: Carlos Alberto Barata Silva. São Paulo: LTr, 1981.
_____. Las Fuentes del Derecho, en Especial del Derecho del Trabajo, Segun la Constitución. Madrid: Civitas, 1982.
- PALADIN, Livio. Diritto Costituzionale. Padova: Cedam, 1992.
- PASOLD, Cesar Luiz. Eleições e Democracia. In: Resenha Eleitoral. Revista do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Florianópolis: v. 1, n. 1, jul/dez de 1994.
_____. Função Social do Estado Contemporâneo. Florianópolis: Estudantil, 1988.
_____. Reflexões Sobre o Poder e o Direito. Florianópolis: Estudantil, 1986.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. A Constitucionalização dos Direitos Sociais. In: Noções Atuais de Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Professor Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1995.
- PASTORE, José. Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva. São Paulo: LTr, 1994.

- PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A Problemática da Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. In: Jurisprudência Catarinense. Florianópolis: n. 70, ano 92.
- PIMENTEL, Marcelo. Composição de Conflitos: Algumas Idéias para a Revitalização da Justiça do Trabalho. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989.
- PIÑERO, Miguel Rodrigues. Apresentação. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. Granada: Fundacion Friedrich Ebert, 1986.
- _____. La Flexibilidad de la Fuerza del Trabajo y el Derecho Español del Trabajo. In: Revista Jurídica do Trabalho. Salvador: ano II, n. 05, abr/jun de 1989.
- POULAIN, Guy. Les Tendences Récentes de la Jurisprudence en Matière de Détermination de la Durée du Contrat du Travail. In: Tendences du Droit du Travail Français Contemporain. Études Offertes à G. H. Camerlynck. Paris: Dalloz, 1978.
- PRADO, Ney. Economia Informal e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1991.
- PRADO, Roberto Barreto. Curso de Direito Sindical. São Paulo: LTr, 1991.
- RAFFO, Julio. Sobre los Jueces y la Justicia. In: Revista Sequência. Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: n. 26, jul de 1993.
- RAY, Jean-Emmanuel. La Flexibilité du Temps de Travail. In: Revue Internationale de Droit Comparé. Paris: n. 1, jan/mar de 1990.
- REALE, Miguel. Estruturas Jurídico-Políticas Contemporâneas. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano IV, n. 13.
- _____. Política de Ontem e de Hoje. São Paulo: Saraiva, 1978.
- RIBEIRO, Renato Janine. A Marca do Leviatã. Linguagem e Poder em Hobbes. São Paulo: Ática, 1978.
- RIVERO, Jean. SAVATIER, Jean. Droit du Travail. Paris: Presses Universitaires de France, 1978.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994.
- _____. A Crise do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. In: Revista LTr. São Paulo: ano 56, mar de 1992.
- RODIÈRE, Pierre. La Situacion Francesa. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. Granada: Fundacion Friedrich Ebert, 1986.

- RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. trad.: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993.
- ROMITA, Arion Sayão. Horas Extraordinárias: Base Diária ou Anual? In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: n. 84, dez de 1993.
- ROSANVALLON, Pierre. La Crise de L'Etat- Providence. Paris: Éditions du Seuil, 1992.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social. trad.: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Direito Constitucional. trad.: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- RUSSOMANO, Rosah. Livre Iniciativa e o Intervencionismo Estatal. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Rio de Janeiro: Forense, ano I, n. 1.
- SADER, Emir. O Anjo Torto. Esquerda e Direita no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. Estado de Direito. Conceito e Características. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano IX, n. 45.
- SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. In: Revista de Ciências Sociais. Lisboa: n.30, 1990.
- _____. Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.
- SANTOS, Galba José dos. Contribuições Sindicais Obreiras na Constituição Federal. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989.
- SANTOS, Roberto A. O.. A Autonomia Sindical na Constituição Brasileira de 1988. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989.
- SICHES, Luis Recasens. Tratado General de Filosofia del Derecho. México: Editorial Porrúa, 1995.

- SILVA, Antônio Alvares da. Dispensa Arbitrária ou sem Justa Causa. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: n. 78, jul de 1992.
- _____. Prescrição Trabalhista na Nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1990.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Filiação Sindical: Problema de Liberdade Sindical. In: Sindicalismo. coord.: Arion Sayão Romita. São Paulo: LTr, 1986.
- SOARES Filho, José. Corporativismo no Judiciário. In: Revista LTr. São Paulo: ano 56, abr de 1992.
- SOUZA, José Pedro Galvão de. Da Representação Política. São Paulo: Saraiva, 1971.
- SOUZA, Ronald Amorim e. Justiça do Trabalho: Representação Classista e Sindicalismo. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989.
- STORPER, Michael. SCOTT, Allen. La Organización y los Mercados Locales del Trabajo en la Era de la Producción Flexible. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 109, n.03, 1990.
- SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. v. I. São Paulo: LTr, 1995.
- _____. O Brasil e a OIT. In: Noções Atuais de Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Professor Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1995.
- TEIXEIRA Filho, Manoel Antônio. A Sentença no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994.
- TREU, Tiziano. La Flexibilidad Laboral en Europa. In: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, v. 112, n. 02, 1993.
- _____. Sistemas de Solução dos Conflitos de Trabalho na Itália. In: Direito Constitucional do Trabalho. coord.: Aluisio Rodrigues. São Paulo: LTr, 1993.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Conhecimento e Política. trad.: Edyda Mangabeira Unger. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

- URIARTE, Oscar Ermida. Liberdade Sindical: Normas Internacionais, Regulamentação Estatal e Autonomia. In: Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. São Paulo: LTr, 1989.
- VARGAS, Luiz Alberto. FRAGA, Ricardo Carvalho. Em Defesa do Direito do Trabalho e Contra a Flexibilização no Terceiro Mundo. In: Perspectivas do Direito do Trabalho. org.: Beinusz Szmukler. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.
- VASQUEZ, Jorge Rendon. La Flexibilizacion del Derecho del Trabajo. In: Revista Jurídica do Trabalho. Salvador: ano II, n. 06, jul/set de 1989.
- VERDÚ, Pablo Lucas. Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho. Salamanca: Acta, 1955.
- VIAGGIO, Julio José. En Torno a la Problemática Actual del Derecho del Trabajo. In: Perspectivas do Direito do Trabalho. org.: Beinusz Szmukler. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.
- VIANA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. v. I. São Paulo: LTr, 1995.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Teoria Geral do Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ZUFIAR, José Maria. Punto de Vista Sindical. In: El Futuro del Derecho del Trabajo. Granada: Fundacion Friedrich Ebert, 1986.