

Os "direitos sociais" trabalhistas na área constitucional. No passado, no presente e no futuro

JOSÉ MARTINS CATHARINO

Professor Titular de Direito do Trabalho da Universidade Católica de Salvador. Professor Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia

1 — Retrospecto

1.1 — Geral

"Foi na fase dos antecedentes propiciatórios e da gestação do direito do trabalho (nº 1.1.1, b) que tiveram início os seus contatos com o direito constitucional, após substituídos por **relações** e, finalmente, por **vinculações inseparáveis**."

Os que viriam a ser chamados **direitos sociais** (constitucionais) tiveram seu embrião na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", francesa, de 1793, influenciada pela obra de ROUSSEAU, por sua concepção de "Contrato Social", hoje rejuvenescida sob a denominação de "Pacto Social". Realmente, é o que deixa transparecer o art. 21 daquela:

"Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência dos cidadãos infelizes, seja proporcionando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de subsistir aos que se encontram em estado de não poder trabalhar."

Antes já se iniciara a era constitucional das **liberdades e direitos individuais**.

Do ano de 1776 são o "Edito de Turgot", no tempo de Luís XVI da França, e a Declaração de Direitos, de 12 de junho, emitida em

Escrito especialmente para esta Revista.

Williamsburgh, antes da independência norte-americana e logo após a Declaração de Virgínia.

Implantada a Revolução francesa, a Assembléia Constituinte, por iniciativa de Lafayette, aprova, em 28-8-1789, uma Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que iria ser o preâmbulo da Constituição de 3-14 de setembro de 1791. O próprio Lafayette proclamou que o texto da sua iniciativa era oriundo do **Bill of Rights de Virgínia**.

Essas liberdades e direitos individuais, da era do individualismo proprietarista, tiveram fundamentos jusnaturalistas e racionalistas. Sua consagração constitucional concorreria fundamentalmente para a ascensão da burguesia, do capitalismo e para a Primeira Revolução Industrial, e, por conseqüência, da chamada Questão Social, a qual, por sua vez, viria causar o reconhecimento dos "direitos sociais".

Além do "Edito de Turgot", também franceses o "Decreto d'Allarde" e a "Lei Chapelier", respectivamente de 2-17 de março e 14-17 de junho de 1791, são exemplos marcantes da era da liberdade meramente formal da pessoa-trabalhadora.

A constitucionalização dos **direitos sociais** ganhou algum alento com a Constituição francesa de 1848, principalmente com o seu art. 2º, nº 13. Entretanto, é no atual século que eles realmente são implantados, tornam-se extensos e intensos, não mais ficando abaixo dos textos constitucionais.

Dessa constitucionalização ou verticalização dos "direitos sociais" — dos quais os trabalhistas são espécie — são pioneiras: a Constituição de Querétaro (México), a de Weimar (Alemanha) e a soviética. Respectivamente, de 1917, 11-8-1919 e 1918.

Das três, a mais importante é a de Weimar, a primeira após o Tratado de Versalhes, que criou a OIT — Organização Internacional do Trabalho (Parte XIII — Trabalho, Seção I, arts. 387 a 426 e Anexo; Seção II — Princípios Gerais, com o marcante art. 427, contendo "métodos e princípios... de importância especial e urgente", sem exaustão, todos eles trabalhistas).

Inegavelmente, o apontado art. 427 assentou um marco na trajetória de um direito internacional do trabalho, tendente a uniformização substancial.

Com a "universalização" da "Questão Social" também se "universalizou" a consagração constitucional dos "direitos sociais", sem falar na "Declaração Universal de Direitos do Homem", aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, e em muitas internacionais e regionais.

Nesse contexto histórico, de verticalização constitucional, dois documentos ideológicos tiveram — e ainda têm — notável influência: o Manifesto Comunista, de 1848, e a Carta Encíclica **Rerum Novarum**, de 1891, de Leão XIII, e seguintes.

Saliente-se que a **Questão Social** e os **direitos sociais** integram um todo social específico, e que os segundos refletem humanismo jurídico, pois visam proteger a pessoa humana, principalmente a que está trabalhando e a que trabalhou. Foram eles conquistados a duras penas, com oposição do capitalismo proprietarista e explorador, em processo histórico dialético.

Lato sensu, todos os direitos reconhecidos são sociais. “Sociais”, políticos e econômicos. Tudo indica serem irreversíveis esses **direitos sociais**, alguns de difícil convivência com “individuais” que lhes antecederam. O que é da essência do direito, cuja finalidade é tentar efetuar a coexistência pacífica pela conciliação da liberdade de cada um com a segurança de todos.

Pode-se dizer que esses direitos “individuais” e “sociais” nasceram de um jusnaturalismo histórico laico, sendo os segundos, aliás, conflitantes com os econômicos, puros e em sentido estrito, pois o egoísmo e o interesse individual constituem “virtude econômica”, mas não humana, no sentido mais elevado e amplo da expressão.

1.2 — **Brasil**

A Constituição do Império, de 25-3-1824, no Tít. VII, contendo “garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, sob nítida influência francesa, aboliu “as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres” e garantiu os socorros públicos” (art. 179, n.ºs 25 e 30). Essa abolição foi, no mínimo, um exagero.

A 1ª Constituição da República, de 24-2-1891, no Tít. IV — Dos Cidadãos Brasileiros, Seção II — Declaração de Direitos, assegurou a licitude de associação e reunião, “sem armas”, e “o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual” (art. 72, §§ 8º e 24). Com a Emenda de 1926, passou a competir privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o trabalho (art. 34, nº 28).

Com a Segunda República, vitoriosa a Revolução de 1930, surge a Constituição de 16-7-1934, a primeira a consagrar um Tít., o IV, à **Ordem Econômica e Social**, cujo art. 115 merece reprodução:

“A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Corolário desse condicionamento da economia à justiça, o seu art. 121, contendo uma mera enumeração de direitos trabalhistas. É o que resulta do seu **caput** e do seu § 1º:

“A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador.”

Portanto, triunfo do neoliberalismo com matiz “social”.

Se, do ponto de vista meramente cronológico, a consagração de “direitos sociais” veio atrasada décadas, do ângulo da realidade nacional não se pode o mesmo afirmar, principalmente quanto ao elenco do art. 121. Na década de 30 foi quando o Brasil iniciou seu ingresso na era da Primeira Revolução Industrial.

No hiato republicano, de 1937 a 1946, durante o mal chamado “Estado Novo”, a Carta então baixada, em 10-11-1937, sintomaticamente, sob o título **Da Ordem Econômica**, iniciado no característico art. 135, previu um elenco de direitos trabalhistas (art. 137) e a Justiça do Trabalho (art. 139), mas atrelou o sindicato ao Estado autoritário (art. 138) e proibiu radicalmente a greve e o **lock-out** (art. 139, última parte).

A disparidade entre os preceitos apontados resultou do regime autoritário-fascista imposto à Nação, do cunho estatal paternalista e do fato de que “os direitos sociais” são produtos da evolução e não desta, dessa ou daquela ideologia políticas. Resultam da própria realidade social e da necessidade da manutenção da ordem.

A Constituição da 3ª República, de 18-9-1946, além de ter incorporado a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário (arts. 94, 122 e 123); de ter criado o Ministério Público do Trabalho (art. 125); no Tít. IV — “Da Declaração de Direitos”, Cap. II, e regulado os “Direitos e Garantias Individuais” (arts. 141 a 144), abriu o Tít. seguinte — **Da Ordem Econômica e Social** (arts. 145 a 162; principalmente, o 157, com elenco de preceitos trabalhistas, “além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores”, substancialmente igual ao art. 121, § 1º, da Constituição de 1934).

Como a Constituição de 1946 nasceu em clima de euforia democrática, que se seguiu ao período ditatorial instituído em 1937, de cunho paternalista, e porque suas fontes inspiradoras foram substancialmente as mesmas da Constituição de 1934, são oportunas algumas observações comparativas. Ainda mais porque a abertura do processo jurídico democrático, iniciada com o banimento dos Als., viria a

alargar-se com a soberba campanha das “diretas já”, desaguar e concentrar-se na pessoa do Presidente Tancredo Neves, feito seu símbolo pelo calor popular.

— **Quanto à organização sindical.** A Constituição de 34 assegurava “completa autonomia dos sindicatos” e “a pluralidade sindical” (art. 120). No particular, a Constituição de 46 repetiu a declaração hipócrita da Carta de 37 (art. 138, princípio), de ser “livre a associação profissional ou sindical”, mas deferiu ao legislador ordinário regular “a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público” (art. 159, combinado com o 157, XIII).

Em verdade, quase nada mudou, de 1937 até hoje, porquanto o Congresso, passada a euforia democrática que se seguiu à longa noite de 1937-46, voltou ao seu leito normal, conservador. A legislação ordinária, baixada quando vigente a Carta de 37, continuou fundamentalmente intacta. Com maiores razões, após o novo período de autoritarismo iniciado em 1946.

— **Quanto à greve.** Proibida pela C-37 — sobre ela silenciou a C-34; a C-46, rompendo radicalmente com o texto da primeira, consagrou “o direito de greve, cujo exercício a lei regulará” (art. 158). Também no particular, o Parlamento mostrou-se conservador, até retrogressivo, não o regulando, até junho de 1964, logo após o golpe vitorioso em abril. A Lei nº 4.330, de 19-6-1964, foi naturalmente sancionada pelo então todo-poderoso Presidente, precisamente por ser antigreve. Quando o Governo desejou, após a C-67, reforçar seu negativismo, baixou o Decreto-Lei nº 1.632, de 4-8-72.

— **Quanto ao imposto sindical.** Omissa a C-34, a de 46 aproximou-se, sem chegar à identificação, à de 37. Esta (art. 138, no fim) atribuíra ao “sindicato regularmente reconhecido pelo Estado”, além da “representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído”, o direito de impor contribuições — se apenas aos seus associados ou a todos os pertencentes à categoria, assim como em relação aos efeitos do “contrato coletivo do trabalho”, foi questão criada pelo texto do citado art. 138. Certo é que o art. 159, fim, da C-46, limitou-se a conferir à “associação profissional ou sindical o exercício de funções delegadas pelo Poder Público”. Ora, como a CLT, dentre elas, previa a de cobrar o imposto sindical, após denominado “contribuição” (Lei nº 6.386, de 9-12-1976), entendeu-se, apesar de sua inconstitucionalidade, que o mesmo sobrevivera.

— **No que tange à convenção coletiva do trabalho.** O inciso XIII do art. 156 da C-46 repetiu literalmente a letra j do § 1º do art. 121 da C-34, porém mais: ratificou a representação legal sindical na sua celebração (art. 159; ver o art. 138 da C-37).

— Quanto aos direitos individuais trabalhistas mínimos. Do confronto entre o art. 121, da C-34, e o art. 156, da C-46, verifica-se avanço. Eis os principais: ampliação do conceito de salário mínimo, com a adição “e de sua família”; “salário do trabalho noturno superior ao do diurno”; “repouso semanal remunerado” e em feriados; **estabilidade, na empresa ou na exploração rural;** “participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar”.

Quanto aos dois mais importantes avanços, sublinhados, o destino foi diferente.

— O direito à estabilidade — o maior trabalhista, impeditivo da despedida — já estava na CLT, mas viria a ser eliminado pela C-64, consagrando a Lei do FGTS. Contudo, surpreendentemente, foi estendido aos empregados agrários, pela Lei nº 5.889, de 8-6-1973, não sujeitos ao regime do FGTS, até hoje, embora previsto (art. 20). Assim afirmamos porque a CLT (art. 7º, b) não estendera esse direito “aos trabalhadores rurais”, e o correspondente Estatuto (Lei nº 4.214, de 2-3-1963) não o consagrara, em última análise, porque o parágrafo do seu art. 97 deferira ao “empregador rural” a opção de “manter a dispensa do trabalhador rural estável ao qual se reconheceu a inexistência de falta grave...” — Por tudo isso, pode ser dito: a Lei nº 5.889, vigente a C-67, regulou o que estava no art. 165, XII, o qual havia sido considerado dependente de lei ordinária. E o fez de maneira ampla, sem se ater à expressão restritiva “na exploração rural”.

Relativamente ao direito à participação nos lucros, seu destino foi parecido ao da greve, quanto à sua efetividade, mas com esta diferença: ao regular o segundo, o legislador ordinário quase o eliminou por inteiro, enquanto o primeiro permaneceu jacente, dormindo no papel constitucional.

— Processo coletivo. Poder conciliador e normativo da Justiça do Trabalho

O art. 122 da C-34 criou a Justiça do Trabalho, de natureza administrativa, posto que não integrando o Poder Judiciário. “Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social.” Competência, portanto, em relação à matéria legislada, o que nunca deveria ter sido afetado ou subtraído.

O art. 139 da C-37 manteve, substancialmente, o correspondente anterior. Na sua vigência, a legislação ordinária, sob influência da italiana corporativa e — é inegável — pelo pensamento de OLIVEIRA VIANA, manteve a regra sobre competência antes elogiada (ver a CLT, art. 643) e estabeleceu o poder normativo da Justiça do Trabalho

(idem, arts. 766, 856 a 875), mantido pelas duas Constituições que se seguiram.

Sua manutenção, apesar da disparidade dos regimes constitucionais de 37 e 46 — o de 67 é semelhante àquele, resultou da própria realidade brasileira, subjacente e sobreposta a determinada ideologia política, à semelhança do que ocorreu com o monossindicalismo, inconfundível com o sindicalismo obrigatório, como definitivamente demonstrado por EVARISTO DE MORAES FILHO.

2 — Na ainda vigente carta de 1967, emendada e remendada

Teoricamente, deveríamos comparar os textos das duas Cartas autoritárias de 1937 e 1967, mas, considerado o que legislativamente ocorreu de abril de 1964 até dezembro de 1979, tal comparação não se justificaria. Os 30 anos que separam as duas e, principalmente, o fato de somente em 1-1-79, pela EC nº 11/78, terem sido “revogados” ~~ex nunc~~ “os Atos Institucionais e Complementares”, afastam a propriedade de comparação entre os textos dessas duas Cartas, embora politicamente afins.

De abril de 1964 até 24-1-1967 sofremos as conseqüências de uma ordem positiva sobreposta à estatuída pela C-46, e, de 24-1-1967 a dezembro de 1979, sobreposta à da C-67. Ordem positiva imposta pelo arbítrio, dita **institucional**, paralela e acima da constitucional, baseada em AIs. Tanto que, nos dois períodos, não poderia ter ocorrido questão sobre a **constitucionalidade** de ato legislativo, do Executivo ou do Poder específico, e sim de **institucionalidade**. Se qualquer deles era ou não **institucional**, contrário a AI.

Por tudo isso — difícil até de estrangeiro imaginar — a finalidade deste trabalho, especialmente elaborado para esta Revista, justifica comparação entre a Constituição de 1946 e a Carta ainda vigente.

Ambas mantiveram a tradição iniciada com a C-34, contendo um Título dedicado à **Ordem Econômica e Social**, aberto, respectivamente, com os arts. 145 e 160, com semelhanças entre si.

O primeiro, da C-46, determinava: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da **justiça social**, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (**caput**, com um só parágrafo). O segundo, da Carta atual, é menos peremptório e favorável aos “direitos sociais”, sendo este o seu **caput**:

“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a **justiça social**, com base nos seguintes princípios: . . .”

Por sua vez, o parágrafo do art. 145 da C-46 não tem correspondente na vigente: “A todos é assegurado trabalho que possibilite

existência digna. O trabalho é **obrigação social**" (art. 59 do Decreto-Lei nº 3.888, de 3-10-1941, Lei das Contravenções Penais: "Vadiagem — Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita...")

A diferença entre os dois dispositivos adelaça-se pelos incisos do art. 160, contendo os princípios básicos para realização conjunta do "desenvolvimento nacional" (ali, como sinónimo de desenvolvimento económico) e da **justiça social**, ou seja, de desenvolvimento social, que é humano, ou não é tal.

Realmente, desses princípios deduz-se a **finalidade** de organizar, em um todo nacional, a "ordem económica" e a "justiça social" (CF-46). Entretanto, não imperativamente — "**deve** ser organizada", e sim programaticamente, pela adoção dos princípios — meios enumerados. Uns **económicos**, outros **sociais**, considerados articuláveis entre si. Alguns, mistos.

A "liberdade de iniciativa" (leia-se: para impulsionar empresa privada, a "livre empresa", que ainda está longe de ser empresa livre, democrática) e a "repressão ao abuso do poder económico" etc. são mais económicos. A "valorização do trabalho como condição da dignidade humana", a "função social da propriedade" e a "expansão das oportunidades de emprego" são mais "sociais". Misto ou sintético, de carácter teleológico e axiológico, o princípio da "harmonia e solidariedade entre as categorias sociais da produção", como a denominação bem revela.

De qualquer maneira, se os dois textos tivessem sido eficazes ou eficientes, a poluição do meio social pelos fatores capitalistas não estaria tão alta e extensa...

Quanto aos **direitos trabalhistas, ou sociais específicos** (segundo o Prof. A. F. CESARINO JÚNIOR), eis o que nos ocorre, na mesma ordem adotada quando da comparação entre a C-34 e a C-46.

— **Organização sindical.** O art. 166 da atual Carta — o seu **caput** — é idêntico ao 159, anterior. Entretanto, nos dois parágrafos do primeiro, duas modificações consideráveis:

1ª — Eliminou-se o poder delegado ao sindicato de "impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias económicas ou profissionais ou das profissões liberais", como estava no art. 513, letra **e**, da CLT, segundo a C-37 (a de 46 nada continha sobre isso; apenas admitiu "o exercício de funções delegadas pelo Poder Público" — art. 159), que restou inconstitucional. Sim, pois o texto em vigor inclui, tão-somente, "entre as funções delegadas, a de **arrecadar**, na forma da lei, contribuições (ver o art. 217 do Código Tributário Na-

cional, inciso I, devido ao Decreto-Lei nº 27, de 14-11-1966) para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles ("associações profissionais ou sindicais") representadas. "Mudança essa que, a nosso ver, reforça tratar-se de imposto com destinação específica.

2ª — Tornou-se "obrigatório o voto nas eleições sindicais", como o voto popular.

— **Quanto à greve.** Formalmente, a divergência é flagrante.

O art. 165, XXI, da Carta em vigor, assegura o direito de greve, mas "salvo o disposto no art. 162", que o proíbe "nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei". Tal acentuada redução é encontradíssima, mais ou menos, na legislação comparada. No nosso direito, nunca houve permissão de greve em serviço público em sentido estrito. A permissão parcial, segundo a distinção entre **atividade essencial e atividade secundária**, foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 9.070, de 15-3-1946, ainda vigente a C-37. Desprezada pela Lei nº 4.330/64, que até permite greve em serviço estatal industrial, se "o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho" (art. 4º). Baixada a C-67, a restrição voltou mais exacerbada, radical mesmo, pelo Decreto-Lei nº 1.632/78.

— **A respeito da convenção coletiva de trabalho**, nenhuma alteração (C-46, arts. 157, XIII, e 159; C-67, arts. 165, XIV, e 166, caput; ver, especialmente, o art. 614 da CLT).

— **Quanto ao imposto sindical:** o § 1º do atual art. 166, ao contrário do 159 da C-46, é expresso: "Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições..."

— **Quanto aos direitos individuais trabalhistas mínimos.** Desdobrou-se o inciso anterior sobre salário mínimo: um sobre salário mínimo, individual e familiar, outro, criando o "salário-família" para os "dependentes" do trabalhador.

A proibição de desigualdade de salário foi estendida a por "critério de admissão". Eliminou-se a idade e nacionalidade, como causas de desigualdade, acrescentando-se cor. Proibição essa que é versão trabalhista da garantia individual da igualdade perante a lei, também assegurada no inciso XVII do art. 165, e no parágrafo único do art. 3º da CLT.

Notável novidade, até agora no papel: a **integração na vida e no desenvolvimento da empresa**, "com participação nos lucros", normalmente, e também "na gestão, segundo for estabelecido em lei". A nosso ver, "excepcionalmente" significa não na gestão de toda e qualquer empresa, da míni ou micro até a gigantesca, mas, apenas, da média para cima, em função do número dos seus empregados.

— Quanto à estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia. No particular, a diferença é extrema, ao ponto máximo da contraditoriedade.

Vírgula à parte, apesar da má redação do dispositivo, geradora de polêmica interpretativa, temos que a estabilidade deixou de ser garantia constitucional. “Estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido”, é instabilidade, ou, como se quiser, “estabilidade imprópria”, porquanto o empregado estável não pode ser despedido. Pode, sim, ser desligado da empresa por resolução judicial, mediante sentença constitutiva negativa.

Por outro lado, a alternativa “ou fundo de garantia equivalente” diz respeito à indenização, e não à estabilidade, o que causou a polêmica histórica sobre a equivalência, eliminada, na Justiça do Trabalho, pela Súmula nº 98 do TST.

— Além da idade mínima para ser empregado, reduzida de 14 para 12 (art. 165, X), sob o argumento de evitar-se o “hiato nocivo” — entre o fim da escolaridade e o início de trabalho remunerado, menção para o seguro-desemprego, previsto no inciso XVI, mas que, apesar da recessão e do alto nível de desemprego, continua no limbo constitucional. Embora previsto e prometido na Exposição de Motivos do Projeto que foi convertido na Lei do FGTS, o que denuncia saberem seus autores que iria provocar excessiva rotatividade da força-trabalho.

— Outra inovação constitucional é a referente aos empregados estatais, servidores não estatutários.

As Constituições e Cartas anteriores foram omissas, e a legislação ordinária tinha as duas excludentes do art. 7º, letras c e d, da CLT; a Lei nº 1.890, de 13-6-1953, cujos artigos 2º e 14 foram declarados inconstitucionais, além de outros, decretos-leis e decretos esparsos.

Generalizou-se a contratação por pessoa jurídica de direito público de empregados coletistas, ou seja, sujeitos à CLT e à legislação do trabalho em geral. Até hoje não veio a “lei especial” prevista no art. 106 da C-67, para disciplinar “o regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada”.

Quanto aos empregados de “empresa pública” e de “sociedades de economia mista”, o § 2º do art. 170 determina seja aplicada a legislação trabalhista geral, como se fossem “empresas privadas”.

Em se tratando da “União, entidade autárquica ou empresa pública federal”, as causas trabalhistas que as atingirem, como “autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar”, estão cometidas à Justiça Federal (art. 125, I). Absurda subtração da competência da Justiça do Trabalho (art. 142), unanimemente repudiada.

— Processo coletivo. Poder conciliador e normativo da Justiça do Trabalho

Como vimos anteriormente, nem a C-34 nem a de 37 consagraram o poder normativo da JT. Viria a fazê-lo a C-46, no art. 123, *caput*, primeira parte, e, em particular, o seu § 2º: “A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer **normas e condições de trabalho**”. Tirante a substituição de “casos” por “hipóteses”, a C-67 repetiu a disposição transcrita (art. 142, § 1º), *mas não mais gerou a controvérsia causada pela C-46, que ficou na história do direito nacional.*

Durante o período de abril de 1964 até bem pouco tempo, o poder normativo da JT sofreu profunda redução, tendo chegado a quase nenhum. Razão principal disso: a política econômica desumanizante que predominou no período, plena ou mitigadamente arrochante, com a finalidade de fortalecer o capitalismo, e fundada no falso pressuposto que uma política de salários altos é fator inflacionário, até o principal. Em outras palavras, que a “justiça social” é obstáculo ao desenvolvimento econômico.

Política essa contrária ao art. 160 da própria C-67, mas impossível de ser considerada inconstitucional, precisamente porque, resultante de “Atos Institucionais” e sua seqüela, não seria sequer possível falar-se em inconstitucionalidade (ver o art. 623 da CLT, devido ao Decreto-Lei nº 229, de 28-2-67, baixado sob a invocação do art. 9º do “AI” nº 4, de 7-12-67, e à sombra do inchado conceito de soberania nacional, como tantos outros que se seguiram, mesmo depois da CF-67 — ver os seus arts. 46, V, e 55, I).

3 — No direito constitucional a constituir-se

— **Direitos sociais**, entre aspas, pois todos são tais, em sentido muito amplo, como social é o direito. **Trabalhista**, ou seja, coordenados e conviventes com os chamados individuais, conferidos aos cidadãos. **Sociais**, em sentido estrito, dos trabalhadores, necessariamente *peças humanas*. **Sociais**, não apenas por serem humanos, mas também por serem quantitativamente relevantes na sociedade. Sociais, com conteúdo econômico, já que o trabalho, inseparável da sua humana fonte, é o primeiro e principal fator de produção.

Direitos sociais esses não extensivos à pessoa jurídica, à qual, desvirtuadamente, vêm sendo conferidos certos “direitos individuais”, como, p. ex., o de impetrar mandado de segurança.

Em termos de direito positivo, todos eles, **individuais e sociais**, atribuídos ou permitidos pelo Estado, mas — o que é fundamental na ordem democrática — contra ele exercitáveis.

Direitos sociais que atestam evolutiva socialização imperativa da ordem, o dito **progresso social**, entendido como manifestação evoluída de humanismo jurídico. Humanismo e socialização não inseparáveis. Humanismo social, pleonasma, ou, pelo menos, redundante, possível de ser coordenado com o desenvolvimento econômico, na dependência do aperfeiçoamento democrático.

Característica dos **direitos sociais trabalhistas** é a sua **universalidade** ou **cosmopolitismo**. Em qualquer espaço nacional, em determinado tempo histórico, sendo iguais suas causas, eles se apresentam de maneira mais ou menos **uniforme**, seja qual for o regime político e a estrutura econômica. **Universalidade** essa contemporânea de uma ordem econômica global que está sendo gerada. A contemporaneidade entre a ação expansiva das empresas apátridas, que entram em choque com as soberanias nacionais, e o novo alento dos direitos do homem, "cidadão do mundo", não resultam coincidência, havendo entre eles nexo de causalidade. A lei "a toda ação corresponde uma reação" é também histórica. Qualquer Constituição moderna, quanto aos **direitos sociais**, tem que se abastecer na "Declaração Universal de Direitos do Homem", aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, justamente por causa da sua **universalidade**.

Quanto aos **trabalhistas**, em particular, haverá de abastecer-se nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, convertidas ou não em fonte de direito interno. A OIT tem sido, e é, fator importante de **uniformização** do direito do trabalho, apesar do peso das peculiaridades nacionais.

CLOVIS BEVILAQUA, em imorredoura lição, estabeleceu critérios para aferir se a ordem jurídica evoluiu. Esta se aperfeiçoa quando novos direitos são reconhecidos e quando os que já o foram ganham maior efetividade.

Outra idéia-matriz que deve nortear nossa nova Constituição é a de que o texto constitucional não deve esgotar o elenco dos **direitos sociais**, o que, aliás, já é tradicional (ver o art. 165, *caput*, da Carta ainda vigente). Em palavras corriqueiras: a Constituição deve assegurar um **mínimo de direitos, ou direitos mínimos, e não um máximo, ou direitos máximos**. Sem que isso seja estabelecido, qualquer Constituição sofre envelhecimento precoce. No Brasil — com sua acentuada e acelerada mobilidade social —, a curto prazo.

O processo de expansão e aperfeiçoamento dos direitos constitucionais trabalhistas, como o processo em geral, **exclui, necessariamente, involução preclusa**. No máximo, sofre estagnação.

"Os **direitos sociais** são historicamente adquiridos e invioláveis. O mesmo não pode ser dito dos "direitos individuais" puramente econômicos, atribuídos através de sociedades comerciais ou mercantes.

Menos, ainda, os estendidos a elas próprias, donas de empresas autoritárias — “Bastilhas” do mundo contemporâneo.

Parodiando SAINT-HILAIRE: ou o direito mata a empresa autoritária ou esta mata o Estado de direito, porque ela própria pode assumir o poder estatal. Salvo, é claro, para os tecnólogos jurídicos, humanamente neutros, sem preocupação com a liberdade nem com a igualdade, e sim com fórmulas e meios para legitimar a força.

No Brasil, a população ativa atinge apenas um terço, mais ou menos, da total, ou seja, os trabalhadores é que sustentam os outros dois terços. Bastaria isso, com sobra, para justificar o aumento e a elevação do grau de efetividade dos direitos trabalhistas. E é bom que se diga: não apenas por empatia e solidariedade humana — muito menos por filantropia ou paternalismo, mas também para o fortalecimento de uma economia verdadeiramente democrática, da qual é contrária a eufemística “democratização do capital” das sociedades anônimas “abertas”. Simples forma de captar e cooptar capital em massa, de modo que cada vez mais se fechem a “sete chaves”, com duplicatas em poder de uns poucos. . .

Toda Constituição deve consagrar o que um povo, na sua heterogeneidade individual, de classe e de grupos, espera seja reconhecido e efetivado. De baixo para cima, da base majoritária até a estrutura do Estado, respeitando-se, na medida do possível, o que a minoria pretende — possível maioria futura.

— Tomando-se por base o texto atual, da Carta de 1967, do ponto de vista sistemático, oferecemos umas primeiras sugestões.

No Título **Da Ordem Econômica e Social**, as normas sobre direito de greve e direito sindical deverão ser incluídas entre as **trabalhistas**, que são **individuais** — do cidadão-trabalhador e **coletivas ou associativas**.

O Título deve ser aberto com um artigo, correspondente ao atual 160, mas com outro conteúdo.

Nele deverão ser insertas as seguintes regras fundamentais, após esta declaração-causa: “A ordem nacional, social, política e econômica, tem por fundamento a pessoa humana e por finalidade a melhoria de suas condições de vida. Para tanto, ficam estabelecidas as seguintes normas instrumentais: I — o desenvolvimento econômico deve ser realizado para o progresso social, coordenada e simultaneamente; II — a liberdade de iniciativa econômica deve coexistir com a valorização do trabalho humano, consagrando-se a função social da propriedade e da empresa; III — a inseparabilidade do capital e do trabalho na produção deve ser refletida na lei; IV — qualquer abuso do poder econômico deve ser rigorosamente reprimido, seja qual for seu autor, espécie e grau.”

Artigo correspondente ao atual 165 teria este caput: "Esta Constituição assegura a todos os trabalhadores os direitos e garantias que menciona, além de outros que visem a melhoria de sua condição social", seguindo-se estes incisos:

I — salário mínimo, para satisfação de suas necessidades e de seus dependentes;

II — subsídio familiar, por dependente;

III — proibição de diferença de remuneração e de critério de admissão, por causa de sexo, raça, convicção política, crença religiosa, estado civil e trabalho;

IV — salário por trabalho noturno superior ao diurno;

V — remuneração de descanso e repouso, semanal, em feriados e anuais;

VI — remuneração à gestante e parturiente, sem prejuízo do emprego;

VII — jornada de trabalho normal máxima de oito horas, com descanso intermediário, salvo estritas exceções;

VIII — estabilidade no emprego;

IX — indenização por perda do emprego, às expensas do empregador, garantida por depósito bancário;

X — integração na empresa, com participação na gestão e nos lucros, exceto na pequena empresa;

XI — proibição de mulheres e menores de dezoito anos trabalharem em condições insalubres ou perigosas, e à noite, vedado qualquer trabalho a menores de quatorze anos;

XII — fixação de percentagem de empregados brasileiros em qualquer empresa, inclusive na sua direção;

XIII — segurança e higiene no trabalho;

XIV — previdência social, inclusive seguro contra infortúnio do trabalho, em todas as situações de perda ou redução de capacidade de trabalho e ganho, definitivas ou temporárias; de desemprego e de situação maternal;

— redução de custos para melhor aproveitamento de férias, e em unidades de recuperação e convalescença;

XV — aposentadoria integral para a mulher, aos trinta anos de trabalho; para o professor, após trinta, e para a professora, após vinte e cinco de efetivo exercício docente.

Parágrafo único. Os direitos e garantias mencionados neste artigo, bem como os que forem criados, serão assegurados de acordo com a igualdade perante a lei, vedado

tratamento desigual a empregados, em função da pessoa empregadora, desde que haja relação contratual de emprego."

— Em dispositivo separado, o **direito de greve**, ontologicamente coletivo, assim: "A participação ativa e passiva em greve é lícita, salvo excesso previsto na lei penal.

"Parágrafo único — Poderá o legislador ordinário diversificar a regulamentação da greve, em função do interesse social."

— Em outros, a **negociação coletiva, a organização sindical e os direitos correspondentes**.

"Art. — A negociação coletiva é obrigatória.

Parágrafo único — É automático o efeito normativo da convenção e do acordo sindical coletivo.

"Art. — É assegurada a liberdade sindical, do trabalhador e da entidade sindical, salvo atenuações impostas por decisão judicial.

§ 1º — A entidade sindical tem representação da categoria em processo coletivo, nos termos da lei.

§ 2º — É obrigatório o voto em entidade sindical.

§ 3º — Dentro do prazo máximo de... anos, ficará extinta toda e qualquer contribuição sindical contra ou sem a vontade do trabalhador, individual ou coletivamente manifestada, conforme dispuser a lei."

— Onde couber, **este artigo essencial**:

"Os novos direitos sociais trabalhistas previstos nesta Constituição serão regulados por lei, dentro de... meses.

Parágrafo único — Vencido o prazo, máximo e improrrogável, tornar-se-ão exigíveis mediante contrato, regulamento de empresa, convenção ou acordo sindical normativo, ou, fracassada a regulação voluntária, pela Justiça do Trabalho em processo normativo especial."

Desde os já distantes anos acadêmicos não aceitamos que uma "Lei Magna", ou "Carta Magna", assegure direitos e garantias, segundo deliberação de Assembléia Constituinte, e que os mesmos possam quedar-se ou jazer no papel pela vontade tácita do Poder Legislativo ordinário, como indesejáveis. Isso, juridicamente, é autêntica e grave subversão da ordem democrática, acobertada pela alegada natureza programática de certas disposições constitucionais, embora de direito positivo. Pseudonatureza essa que determina a divisão dos dispositivos constitucionais em auto-aplicáveis e dependentes de regulamentação...

Situação nociva semelhante ocorre no patamar imediatamente inferior. Leis votadas pelo Parlamento, dependentes de regulamentação pelo Executivo, a maioria das vezes em prazo prefixado, não vigoram se este não quiser. Estranho, absoluto e subversivo veto, que, na realidade, demonstra ter o Governo poder superior ao do Parlamento, mesmo em matéria legislativa.

Trata-se de dar solução a um fenômeno negativo generalizado, em todas as nações com Constituições analíticas e retóricas — o que já chamamos de “romantismo constitucional”.

Chegamos à fórmula sugerida, para evitar a superiorização do inferior, não apenas por observação da nossa realidade, mas também inspirados em noções jurídicas fundamentais.

A lei não esgota o direito, nem necessariamente o legitima. Mais que isso, a inflação legislativa — anormalidade sócio-jurídica — e a inércia de textos constitucionais provocam deslegalização e desjuridicização da ordem, e, por consequência, sua ilegitimidade. Assim como a inflação provoca erosão e corrosão do valor real da moeda, a legislativa corrói e erode o valor da norma jurídica, que perde positividade e prestígio.

Somente os cegos, ou os que “vêem mas não enxergam”, positivamente ou não, continuam achando deva ser rígida e geralmente aplicável a regra: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º, da nossa chamada “Lei de Introdução ao Código Civil”). Apesar da realidade e do erro ou ignorância ser causa de anulação do ato jurídico.

“Menos pior” é não estabelecer norma alguma, do que implantá-la, permissiva ou proibitiva, sabendo-se, de antemão, que poderá não vigorar ou que realmente não vigorará. Ou seja, contrafazer-se norma jurídica. Falsificá-la, sem qualquer utilidade. ALBERT EINSTEIN, sábio e imune a preconceitos de tecnólogo do direito, que considera o formalismo elemento ontológico normativo, deixou-nos esta lição, que colocamos no frontispício de uma obra nossa:

“Para o prestígio de um Estado e para o de uma lei, nada há mais perigoso do que promulgá-la e não estar em condições de impor seu cumprimento.”

Além do grave problema do descumprimento das leis vigentes, ironicamente denunciado por CAPISTRANO DE ABREU e MONTEIRO LOBATO, devemos eliminar outro, mais grave ainda, o resultante da elaboração de normas constitucionais natimortas.

Está chegando a hora de não repetirmos o grave erro cometido em 1946 (p. ex., com o direito de greve e com a participação nos lucros) e em 1967 (com esta e com a participação na gestão). Esses institutos foram inseridos nos respectivos textos constitucionais e

neles ficaram jazentes, belos-adormecidos, sem lavra pelo legislador ordinário.

Esse fenômeno, tão nocivo à majestade de qualquer Constituição ou Carta (outorgada), explica-se pelo generalizado descumprimento da lei no Brasil.

No momento em que um texto constitucional legítimo é elaborado, o nosso Parlamento, constituído por esmagadora maioria conservadora, que se bate pelo *statu quo ante*, é capaz de aprovar normas socialmente reformadoras. Por várias causas, dentre elas: surto emotivo epidêmico de “democracia social”; pressão popular; fortalecimento eleitoral; pragmatismo e má fé: “nada irá adiantar”.

Na situação sociológica em que se encontra o povo brasileiro, ainda inacabado, com segmentos ainda em estado de “massa”, é imprescindível que os nossos futuros constituintes atuem com empatia, sensibilidade, crença no futuro do Brasil — para o qual estarão legislando, convictos e coerentes com o que todos dizem e poucos seguem: “o homem está em primeiro lugar”.

Esses vazios na composição do nosso povo, ocupados por resíduos de “massa” tutelável, exigem a postura preconizada, de modo que a Constituição seja realmente nova e tenha espontânea e tácita aprovação da esmagadora maioria da gente brasileira. Que não venha a ser mera fotografia de uma realidade já superada, mas uma alavanca para tirá-la do seu estado de inércia, contrário, principalmente, à igualdade jurídica e à evolução.

Que os novos constituintes, ao exercerem o mais alto poder que o povo lhes conferir, não venham a incorrer, outra vez, no erro de aprovarem mais uma “Lei Menor”, aparente e demagogicamente maior, porque inoperante.

— Também não basta que as normas constitucionais de direito material do trabalho vigorem. É imprescindível, ainda, que a nova Constituição altere profundamente a Justiça do Trabalho e alargue a sua competência.

Em primeiro lugar, faz-se necessário, na parte dedicada ao Poder Judiciário, a inserção de um dispositivo semelhante ao que a Emenda Constitucional nº 24 acresceu ao atual art. 176, sobre educação. Que por ele seja fixado um percentual mínimo de receita resultante de impostos, ou da geral, para o Poder Judiciário. Ainda que, para fixação desse percentual, seja levado na devida conta que o Poder Judiciário também produz receita.

Quanto à organização da Justiça do Trabalho, impõem-se as seguintes medidas: 1ª — que seja criado outro órgão (o atual art. 141, § 3º, isso prevê, por lei ordinária); não julgante, de conciliação, exclusivamente, pelo menos tantos quantos forem os Tribunais Regionais do Trabalho, ou, com economia, Comissão Paritária de Concilia-

ção, em cada empresa; 2ª — que seja extinto o vocalato, exceto na primeira instância, considerando-se: a) que a paridade realmente não tem significação judicial, mas que os vogais vêm se constituindo, até agora, pessoal de apoio; b) a considerável diminuição de despesas; c) que, após a criação do cargo de assessor, são raros os juízes leigos que estão exercendo função judicante — um absurdo: juízes com poderes pessoais transferíveis, o que, infelizmente, também vem ocorrendo com togados, até com Presidentes de TRTs, que não julgam o cabimento ou não de recurso de revista; d) que a disputa eleitoral e para nomeação de “juízes classistas” assumiu proporções vergonhosas e criou um tipo privilegiado, graças, inclusive, à “Lei Ari Campista.”

Solução intermediária está proposta por Antônio Alvares da Silva: “ao vogal seria retirada a função judicante, ficando apenas com a função administrativa na gestão para o encaminhamento e realização de acordos” (*Processo do Trabalho Comparado, Processo do Trabalho Alemão — Reforma do Processo do Trabalho Brasileiro*, FD-UFMG, pp. 116-7). Aceita essa solução, haveria órgãos conciliadores, tantos quantos forem as Juntas de Julgamento (ver 1ª, acima).

Respeitante à competência, medidas prementes e fundamentais: 1ª — que seja fixada para conciliar e julgar qualquer dissídio baseado no direito material de trabalho, heterônomo e autônomo, isto é, em razão da matéria, quer se trate ou não de relação de emprego; 2ª — sejam quais forem as pessoas envolvidas, eliminando-se, assim, qualquer competência trabalhista da Justiça Federal, com a qual ninguém está de acordo, exceto quem a inventou, arbitrariamente.

O poder normativo da Justiça do Trabalho deverá ser mantido, mas não como está (art. 142, § 1º).

Trata-se de atribuição constitucional — e não de delegação — ao Poder Judiciário de função atípica, isto é, inerente a outro Poder, o que não é raro, em todas as Constituições republicanas anteriores.

Por isso mesmo, não se justifica a permissão dada ao legislador ordinário para especificar “as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão fixar normas e condições de trabalho”. Cabe, sim, ao legislador constituinte fazê-lo, de acordo com a equidade, para ampliar e tornar mais eficientes os “direitos sociais” trabalhistas mínimos garantidos pela Constituição, e em harmonia com o artigo de abertura do Título sobre a Ordem Econômica e Social: **ditar normas para a melhoria das condições de vida dos trabalhadores.**

Para evitar qualquer alegação de divergência constitucional interna, sugere-se que, no Capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”, nos parágrafos que correspondem aos atuais 1º a 4º, do art. 153, seja a palavra *lei* substituída por *norma*, exceto nesta locução, do atual § 1º do art. 153: “Será punido pela lei o preconceito racial”, o que já é previsto na “Lei Afonso Arinos”.