

Apresentação

A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República inaugurou, em maio de 1999, sob a coordenação do então Subchefe, Dr. Gilmar Ferreira Mendes, sua **Revista Jurídica Virtual, para divulgação de estudos e trabalhos jurídicos** elaborados por seus integrantes, versando sobre as questões de maior relevância enfrentadas em sua lide diária. Artigos de juristas nacionais e estrangeiros sobre temas conexos ao trabalho legislativo e hermenêutico figuram em nossa revista virtual. São noticiadas, também, as questões jurídicas de maior relevo ocorridas no mês. O informativo, com certeza, poderá facilitar o acompanhamento dos principais debates em torno da elaboração e interpretação de nosso ordenamento jurídico. Esperamos, com esse periódico, estar contribuindo para melhor conhecimento e solução dos problemas na construção e operação de um sistema jurídico mais simples e eficaz.

José Bonifácio Borges de Andrada

Subchefe para Assuntos Jurídicos
da Casa Civil da Presidência da República

Expediente

Editor Responsável

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Programação Visual

Diretoria de Tecnologia da Informação

Normalização e Indexação

Biblioteca da Presidência da República

Endereço para correspondência:

Esplanada dos Ministérios

Palácio do Planalto, 4^o andar

70.000-000 - Brasília (DF)

Revista Jurídica Virtual / Presidência da República. - Vol. 1, no. 1 (maio, 1999) - . - Brasília : A Presidência, 1999-

v.

Mensal

ISSN 1518-8876

1. Direito - Periódicos. I. Presidência da República

CDD 340.05

CDU 34(05)

O Princípio da Proteção em Xequê

Arion Sayão Romita

Da Academia Nacional de Direito do Trabalho

Sumário: 1. Introdução. 2. Os princípios em conflito. 3. O princípio da proteção. 4. Os resultados práticos da proteção. 5. Visão crítica do princípio de proteção. 6. A necessidade de reforma da Constituição. 7. A proposta de supremacia do negociado sobre o legislado. 8. Conclusão. 9. Bibliografia

1. Introdução

O Direito do Trabalho do século XXI não é mais aquele que, durante o Estado Novo (1937-1945), regulava as relações individuais e coletivas de trabalho em um Brasil de incipiente industrialização, submetido a um regime político caracterizado pelo autoritarismo e pelo corporativismo.

Hoje, o Brasil é a oitava economia do mundo industrial, encaminhando-se para a civilização do conhecimento. O trabalhador industrial típico do modo de organização fordista-taylorista transforma-se no trabalhador do conhecimento e da informação. Por outro lado, o Brasil se tornou um Estado democrático de direito (Constituição, art. 1º).

É evidente que as mudanças ocorridas no mundo da economia, da tecnologia e da política deverão refletir-se na legislação que regula as relações individuais e coletivas de trabalho para adaptar-se às novas realidades econômicas e sociais.

2. Os princípios em conflito

Nunca, na evolução histórica do Direito do Trabalho brasileiro, falou-se tanto em princípios da disciplina como nos últimos anos. Uma enorme quantidade de livros e artigos de revista tem sido publicada para identificar, estudar e descrever os princípios do direito individual, do direito coletivo e do direito processual do trabalho.

A fixação dos princípios de dada disciplina jurídica é essencial quando se cuida de afirmar a autonomia científica e didática dessa disciplina. Certo ramo do direito só pode reivindicar autonomia em face dos demais quando assentar-se em princípios próprios e possuir institutos específicos.

A frenética busca dos princípios, atualmente posta em prática por significativa parcela do pensamento juslaboralista poderia, em consequência, mostrar-se anacrônica e deslocada a esta altura da evolução histórica da disciplina no Brasil, porque, sem sombra de dúvida, não há quem possa contestar a autonomia científica do Direito do Trabalho, aceita há mais de um século pela doutrina especializada.

Não se trata, porém, de manifestação atrasada da doutrina brasileira no tratamento do tema. A preocupação dos estudiosos que se lançam à tarefa de enumerar os princípios revela, antes, a necessidade de tomar posição (sociológica, política e filosófica) em face das transformações que o Direito do Trabalho vem experimentando, como reflexo da adaptação da superestrutura jurídica às novas realidades.

A visão conservadora e resistente às mudanças se esmera na supervalorização do princípio de proteção, opondo-se à tendência renovadora, pregoeira de "novidades" como flexibilização e noções afins.

Surgem oposições como princípio da proteção X princípio da flexibilização ou, com maior ênfase na visão política: princípio autoritário e corporativista X princípio da democracia.

Dito "princípio de proteção", na realidade, não existe nem pode ser afirmado sem desconhecer os fundamentos históricos e sócio-políticos do ordenamento trabalhista brasileiro. Em regime político autoritário e corporativista, não há como aceitar a tese de uma suposta proteção que o Estado dispensaria aos trabalhadores. O ordenamento corporativo, longe de proclamar o primado de qualquer dos fatores da produção, cuida de preservar, privilegiar e proteger os "superiores interesses da produção nacional", tarefa que incumbe ao Estado. A própria índole do ordenamento repele a noção de proteção dos trabalhadores, pois estes atuam no espaço político a serviço daqueles "superiores interesses", de sorte que os destinatários da "proteção" vêm a ser, em última análise, os detentores do poder estatal, econômico e sindical.

Caberia, então, a indagação: a ser afastado o "princípio da proteção" que princípios justificariam a autonomia científica do Direito do Trabalho? A resposta é simples: o Direito do Trabalho, considerado como disciplina jurídica, assenta sobre um só princípio, o da liberdade de trabalho. E, no caso do Direito do Trabalho vigente no Brasil, seria acrescentado o princípio da democracia.

3. O princípio da proteção

Por "princípio", para os fins deste estudo, entende-se uma proposição ou diretriz geral que conforma o fundamento do direito, além de inspirar o legislador na edição da norma e o intérprete em sua aplicação.

Todo princípio traz em si, implícita, a noção de generalidade e, conseqüentemente, parece pleonástica a expressão "princípio geral". Do ponto de vista semântico, a expressão "princípio protetor" também merece crítica. Se "protetor" é aquele ou aquilo que protege, o princípio, por si só, não pode ser protetor, já que a proteção será por ele inspirada, nunca por ele diretamente dispensada. Caberia, então, com maior precisão semântica, falar em princípio de proteção, mas não em princípio protetor: o princípio – é óbvio – não protege; quando muito, induz, inspira, fundamenta a proteção.

Tem cabimento falar com propriedade, no campo do Direito do Trabalho brasileiro, em princípio da proteção? O direito "protege"?

Não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça. Se para dar atuação prática ao ideal de justiça for necessária a adoção de alguma providência tendente a equilibrar os pólos da relação, o direito concede à parte em posição desfavorável alguma garantia, vantagem ou benefício capaz de preencher aquele requisito.

Ninguém poderia, em sã consciência, admitir que o direito comercial protege o comerciante, que o direito administrativo protege a administração, que o direito tributário protege o fisco, que o direito das coisas protege o proprietário, que o direito das obrigações protege o credor (uma exceção, para confirmar a regra, poderia ser admitida: o direito processual penal protege o acusado contra o possível arbítrio do Estado no exercício da pretensão punitiva). Seria uma sandice afirmar que o direito constitucional protege os poderes do Estado. O direito tributário regula as relações entre o fisco e o contribuinte, afirmação válida (por amor da brevidade) mutatis mutandis para as demais assertivas acima formuladas.

Não é função do direito do trabalho proteger o empregado. Função do direito do trabalho é regular as relações entre empregado e empregador, tout court. Afirmar a priori a função protecionista do direito do trabalho em benefício do empregado desconhece a bilateralidade da relação de emprego. Aceito o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, seria de rigor a aceitação de igual dose de proteção concedida ao empregador: o instituir da falta grave e a repressão à greve podem ser lembrados como exemplos.

Para exercer sua função social, ao reconhecer a inicial posição de desvantagem em que se encontra o trabalhador quando celebra um contrato subordinativo, o direito do trabalho equilibra as posições econômicas dos respectivos sujeitos por meio da concessão de garantias ao mais fraco, com o intuito não de protegê-lo, mas de realizar o ideal de justiça. Repugna ao ideal de justiça a proteção de um dos sujeitos de certa relação social. C ideal de justiça se realiza quando o direito compensa desigualdades iniciais pela outorga de garantias aptas a igualar as posições (ou, pelo menos, atenuar a desigualdade inicial).

O direito do trabalho, como ramo do direito que é, não pode "proteger" o empregado. Deve – isto sim – regular a relação de trabalho para realizar o ideal de justiça mediante a previsão de garantias que compensem a inicial desigualdade social e econômica entre os sujeitos da relação.

Em 1966, José Castán Tobeñas publicou um artigo doutrinário intitulado "La idea de justicia social", no qual afirmou que "o princípio protecionista está em baixa e tem cada vez menos relevo no Direito do Trabalho". Depois de pôr em dúvida o significado do princípio tuitivo como princípio geral do Direito do Trabalho, escreve Castán Tobeñas: "Afirma-se que as normas do Direito do Trabalho, por estar ele baseado na justiça social, devem ser sempre interpretadas a favor do trabalhador, porém esta assertiva não é justa nem satisfatória. A justiça e o direito devem perseguir soluções de equilíbrio harmônico (que se traduzirá umas vezes em proteger o trabalhador, mas outras vezes em prestar proteção à empresa) e devem estar, sempre, a serviço da coletividade, que tem preferência sobre o interesse próprio dos indivíduos e dos grupos". Juízo correto, guarda atualidade e perfeita adequação ao momento presente brasileiro!

A ideologia da proteção desempenha uma função. Quem fala em proteção admite com antecedência a existência de dois atores sociais: o protetor e o protegido. Se o trabalhador – sujeito mais fraco na relação – é o protegido, sua posição de submissão se perpetua com a conseqüente exaltação da posição social do protetor. Talvez por isto se decante, no Brasil, a proteção proporcionada (na realidade dos fatos, autêntico mito) ao trabalhador brasileiro: perpetuada a posição social de submissão em que se encontra o protegido, resguarda-se a posição social do protetor. Afinal, a "proteção", no caso em estudo, interessa não ao protegido, mas sim ao protetor. Ao protegido só interessa – em ínfima parcela – a proteção, quando ela fundamenta (quase sempre de forma não explícita) a decisão judicial pela procedência do pedido formulado pelo trabalhador. Triste consolo, triste participação nas migalhas caídas da mesa do banquete!

Como esta modalidade de proteção onera os custos da empresa condenada em juízo (custos estes repassados para os preços dos produtos e dos serviços por ela produzidos ou prestados), e como os consumidores ou usuários são, em última análise, os próprios trabalhadores, segue-se que o ônus econômico decorrente da proteção recai sobre o trabalhador. Analisada a proteção por esta ótica, conclui-se que quem protege o trabalhador é o próprio trabalhador.

Antes de qualquer consideração jurídica, do ponto de vista sociológico e político (isto é, de política social), relação de trabalho constitui manifestação de relação de poder. Em qualquer tipo de relação social do tipo das de poder importa identificar o centro de irradiação de dito poder. No caso específico da relação de trabalho, em face de uma legislação autoritária e corporativista como a brasileira, aquele centro se localiza no seio do poder estatal e do econômico (unidos pela identidade dos respectivos interesses). É deste núcleo que emana a legislação dita protecionista que visa, em conseqüência, a proteger os exercentes daquele poder: os agentes estatais e os empresários.

Num Estado democrático, a legislação intervencionista assumiria feição promocional, mediante a promulgação de normas de apoio ou suporte ao poder sindical, o único contra-poder apto a contrabalançar a posição de desigualdade social em que o trabalhador se encontra em face do Estado e do empresário.

A proteção proporcionada pela legislação trabalhista brasileira ao trabalhador, na realidade dos fatos, redundava em desproteção. E a resultante dessa desproteção também desempenha uma função social: perpetuar a posição subalterna e submissa em que se encontra o trabalhador e justificar a necessidade de atuação dos protetores, protegendo (aqui sim, há proteção) a posição social ocupada pelos protetores.

4. Os resultados práticos da proteção

O Brasil caracteriza-se por fortes desigualdades sociais. A década de 90 encontrou o País com um terço de sua população – 45 milhões de pessoas ou 11 milhões de famílias – abaixo da linha de pobreza, o que significa uma renda mensal de até ¼ do salário mínimo. De cada 10 brasileiros pobres, 5 moram em cidades. É nas aglomerações urbanas que começam a eclodir os sintomas de uma perigosa desintegração social.

Não basta considerar o setor oficial da economia. Torna-se indispensável examinar também a economia informal. As turbulências nocivas empurram os agentes econômicos para o setor informal, até mesmo para a

delinqüência. Segundo notícias divulgadas pela imprensa, a economia informal, o tráfico de drogas, o contrabando, o jogo do bicho, a prostituição e outras atividades ilícitas movimentam o equivalente a 490 bilhões de dólares por ano no sistema financeiro, número próximo do PIB brasileiro.

Essa situação econômica e social do todo reflete-se no particular. O trabalhador ocupado no setor formal da economia será, em consequência, mal remunerado. Segundo dados estatísticos divulgados no exterior, o operário especializado brasileiro – considerados apenas os países exportadores – só não é o mais mal pago do mundo porque em Sri Lanka o salário é ainda mais baixo. É a seguinte a remuneração do operário especializado: o alemão é o mais bem pago (21,5 dólares por hora), seguido do francês (15,2), do norte-americano (14,8) e do japonês (12,6). O brasileiro recebe 2,6 dólares por hora. A renda mensal do trabalhador, após a promulgação da Constituição de 1988, experimentou acentuado declínio. Com vistas voltadas para os empregados no setor privado, em salários mínimos, a variação observada é a seguinte: nível superior, de 21,1 em 1986 para 14 em 1990; nível médio, de 7,5 em 1986 para 5,5 em 1990; nível manual, de 4,1 em 1986 para 2,9 em 1990. Em dois tópicos, os dados estatísticos impressionam mais: desemprego e redução dos níveis reais de salário. E o reflexo se dá no "padrão de vida" do povo brasileiro. Vejamos.

A taxa de desemprego, que atualmente oscila em torno de 6,6% da PEA, é alta.

Os salários também perdem, progressivamente, seu poder de compra. O salário real reduz-se a partir de 1988. Partindo de 1985 = 100, os índices são os seguintes: 1988 – 96,86; 1989 – 92,51; 1990 – 80,78; 1991 – 71,90. Até 1993 a perda equivalia a 40%!

Esses índices não podem deixar de repercutir na chamada "qualidade de vida", ou no "padrão de vida", que era, em 1993 (cinco anos após a promulgação da Constituição), o pior em 20 anos. O número de empregos era, em março de 1993, 13,8% menor do que em 1985, segundo dados do IBGE. A concentração de renda aumentou significativamente. Dados da Fundação Getúlio Vargas indicam que a renda dos 30% mais ricos é 30 vezes maior do que a dos 30% mais pobres, muito superior à registrada nos países do primeiro mundo. Em 1993, a renda per capita dos brasileiros, de acordo com dados do FMI, era de 1.912 dólares contra uma renda per capita de 2.942 dos mexicanos, 2.870 dos argentinos e 2.968 dos chilenos. Segundo um índice criado pelos economistas denominado "índice de bem-estar social", tomando-se por base 1971 = 100, vê-se que, em 1987, o índice era 74 e que, em 1992, era 52.

A situação da classe trabalhadora no Brasil reflete a situação de penúria da população em geral. A taxa de incidência de pobreza é de 30% da população total, alcançando portanto mais de 45 milhões de pessoas. Há uma forte desigualdade econômica. O Brasil é, assim, um dos maiores concentradores de renda do mundo.

O índice de Gini, usado para medir a concentração de renda, vai de 0 (quando há perfeita igualdade) a 1 (desigualdade máxima). Pois bem, o Brasil apresentou o índice 0,629 em 1988, 0,647 em 1989, 0,620 em 1990 e 0,60 em 1993. A pequena oscilação ora para mais, ora para menos, de um ano para outro, não escamoteia o dado fundamental de que o índice é elevadíssimo, um dos mais altos do mundo, a traduzir grande injustiça social.

A razão entre a média dos salários mais altos e a dos mais baixos é 120. Em comparação com outros países, a desproporção é flagrante. Na extinta União Soviética era 4, a mesma razão observada em Cuba. Na Alemanha é 12 e, na maioria dos países industrializados, oscila entre 10 e 15.

No período de 1985 a 1995, o emprego formal cresceu apenas 3,6%. Em dez anos corridos, a oferta de novos postos de trabalho não passou de 1 milhão e 700 mil (170 mil por ano), exatamente 1/10 da oferta demográfica, ou seja, o contingente que a cada ano ingressa no mercado em busca do primeiro emprego.

Esse fenômeno fez subir a taxa de desemprego. A pesquisa nacional de mostra por domicílio (PNAD) do IBGE, referente ao período 1990/1993, prova que o desemprego dobrou: saltou de 3,7% para 6,8%. Em 1993, a PEA era de 71 milhões. No trabalho remunerado de qualquer natureza, incluídos os trabalhadores informais, havia 66 milhões e 600 mil. No desemprego, 4 milhões e 400 mil, daí o índice de 6,8% encontrado pelo IBGE.

Em quatro anos, o contingente empenhado no emprego sofreu redução: relativamente à força de trabalho, caiu de 58,5% para 50,9%.

No ano de 1995, observou-se certa recuperação, mas seus reflexos não são suficientes para eliminar os maus resultados anteriores. A economia no seu conjunto, medida pelo PIB, cresceu 4,2% e o emprego geral cresceu 1,6%, portanto bem abaixo do crescimento do PIB. No emprego formal, houve uma expansão de 0,9%; no trabalho informal, ocorreu um aumento de 3,3%; e, no trabalho autônomo, houve aumento de 2,6%. Na proporção entre o trabalho formal e o informal, registra-se um avanço crescente do último: nos dez anos seguintes, o número de trabalhadores informais cresceu 56% e o dos autônomos, 46%. Resultado: o trabalho informal passou de 44% para 57% da PEA. Este dado é desolador: o lado informal já absorve 57% da força total de trabalho! Os efeitos são conhecidos: rebaixamento do salário médio da população, perda de qualidade do emprego geral e redução da receita dos fundos sociais, entre os quais o da previdência oficial.

Estes indicadores são confirmados pela observação da participação dos salários na renda nacional: esta participação, que era de 50% em 1965 e subiu em 1973 para 54%, já estava, no ano de 1992, em 30% e foi reduzida para 28,7% em 1993. Estes dados mostram que o valor real médio dos salários reduziu-se em cerca de 44% no período estudado (1965 – 1993). É como se alguém que ganhasse 100 reais por mês passasse a ganhar apenas 56. A conclusão que se tira desses dados é que o trabalhador brasileiro empobreceu e as desigualdades se acentuaram nos últimos quinze anos.

Existe o propósito deliberado de manter o povo na pobreza? Em 1516, na "Utopia", Thomas More escreveu: "A pobreza do povo é o baluarte da monarquia. A riqueza e a liberdade conduzem à insubordinação e ao desprezo da autoridade; o homem livre e rico suporta com impaciência um governo injusto e despótico. A indigência e a miséria degradam os caracteres, embrutecem as almas, habitam-nas ao sofrimento e à escravidão, comprimindo-as a ponto de lhes tirar a energia necessária para sacudir o jugo".

A situação econômica da classe trabalhadora reflete a da população em geral. Os dados estatísticos mais recentes não alteram a situação deplorável acima descrita, relativa a anos anteriores. Substancialmente, nada mudou.

Diante desse quadro, a crucial dúvida se impõe: para que proteção? Que proteção é essa que na realidade desprotege? É a proteção do amigo urso, presente de grego, abraço de tamanduá... É a proteção que fortalece o protetor e debilita o protegido!

5. Visão crítica do princípio de proteção

O princípio de proteção pode ser focado por quatro diferentes prismas: 1° - visão marxista; 2° - visão fascista; 3° - visão pragmática; 4° - visão realista (democrática).

A visão marxista indica como destinatário da proteção dispensada pelo ordenamento trabalhista o empregador. O direito do trabalho, como concessão da burguesia industrial ao operariado, instrumentaliza e legitima a extração da mais-valia. Por esta ótica, o direito do trabalho pressupõe a desigualdade social, que urge eliminar; e institucionaliza a dominação de classe, que só desaparecerá numa sociedade humana de produtores associados. Os pensadores que abraçam a orientação marxista hostilizam o direito e, em conseqüência, no campo do direito do trabalho, rejeitam a noção de proteção, que desaparecerá com o desaparecimento do próprio direito.

Na visão fascista, o direito do trabalho, longe de proteger o trabalhador, nele vê apenas um dos fatores da produção. O trabalho só goza da proteção do Estado como dever social. A doutrina corporativista exalta o trabalho, sem todavia lhe assegurar o primado. O espírito que animava o fascismo italiano era a colaboração entre as classes, o que impedia proclamar a supremacia de uma sobre a outra. De acordo com a declaração II da Carta del Lavoro, o trabalho é um dever social; a esse título, e somente a esse título, é tutelado pelo Estado. Portanto, em vez de sujeito protegido, o trabalhador é visto como elemento de cooperação no esforço de realização dos superiores interesses da produção nacional. No regime corporativista, a legislação do trabalho não tem por fim proteger o empregado. Não move o Estado corporativo qualquer intuito de "proteger" a classe trabalhadora. O ordenamento corporativo admite a realidade de interesses coletivos e opostos entre empresários e trabalhadores, todavia supera tal oposição mediante a colaboração coletiva. Nesta visão, inconcebível é a noção de "proteção" dispensada pelo direito do trabalho ao empregado.

Uma terceira visão, que poderia ser denominada pragmática, encontra no tema "proteção" a melhor oportunidade para o suporte e o desenvolvimento dos interesses das classes que se auto-intitulam protetoras do trabalhador. Sem a proteção a ser propiciada por agentes que exercem poder, perderia a razão de ser a existência dos próprios protetores. Sem proteção, não há que cogitar de protetores. A proteção oferecida pelo direito do trabalho à classe trabalhadora justifica o surgimento de atores sociais que tomam a si a tarefa de "proteger" o trabalhador. O sujeito protegido, na realidade, não passa de mero instrumento para que a categoria dos protetores reivindique realce e destaque social. A "proteção", por esta ótica pragmática, protege o protetor. O desaparecimento da noção de proteção determinará o perecimento da categoria de "protetores" do trabalhador.

Segundo uma quarta maneira de encarar a proteção – modo realista, de índole democrática – a proteção dos trabalhadores representa uma conquista do estado social e democrático de direito. A proteção visa à eliminação da desigualdade social e econômica entre o empregado e o empregador e a substituição da noção de igualdade meramente jurídica (formal) por uma igualdade material. Longe de desconfiar dos atores sociais, o Estado democrático neles deposita confiança e vê no entendimento direto das classes a melhor maneira de compor os recíprocos interesses. O antagonismo entre as classes é reconhecido, em vez de negado ou escamoteado. O conflito industrial é aceito como realidade inarredável e, em lugar da solução de cima, por via autoritária, o Estado, mediante legislação de suporte, estimula a organização da classe trabalhadora para que esta alcance pela via da negociação com a classe patronal a realização de seus legítimos interesses. Não cabe ao Estado-legislador, menos ainda ao Estado-juiz, proteger o trabalhador. É a união da classe trabalhadora, sua organização em entidades sindicais livres, autênticas e representativas que protege o trabalhador. É no regime de liberdades públicas, assegurado o direito de reunião e de livre manifestação do pensamento, em suma, em regime de liberdade sindical, que o trabalhador encontra a única proteção que almeja, ou seja, a proteção derivada de sua própria força.

A única visão do elemento "proteção" compatível com a democracia é a quarta. Para que ela venha a prevalecer no Brasil, porém, seria de rigor uma reforma não só de mentalidades como também da Constituição. Como a reforma das mentalidades é obra de gerações e só obedece à lei da história (a mestra da vida), não resta senão pugnar por uma reforma do texto constitucional.

6. A necessidade de reforma da Constituição

Trata-se de dar aos dispositivos constitucionais nova redação, que conserve em linhas gerais as conquistas obtidas, adaptando-as à nova realidade e preparando o País para os novos tempos.

Há que se corrigir os rumos, mudar a orientação, prosseguir na via aberta pela própria Constituição de 1988, ao admitir a autonomia sindical, dar ênfase à negociação coletiva e emprestar democrática e atualizada regulação ao direito de greve. Ora, a opção por esta via implica necessariamente a supressão daquilo que, no Texto de 1988, reverencia o autoritarismo e o corporativismo que remontam a 1937, causa dos desajustes sociais acima denunciados.

Trata-se de tarefa difícil, porém não impossível. Sabe-se que há uma inércia mental, que atua em sentido contrário à alteração dos hábitos longamente observados em sociedade. Em 1725, Giambattista Vico sentenciou em La scienza nuova: "Os homens são naturalmente levados a conservar a memória das leis e das ordens que os governam em sua sociedade". Ainda assim, um esforço bem intencionado deve ser desenvolvido, com vistas ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico atinente às relações de trabalho.

Pelos efeitos nocivos que a Constituição de 1988 projetou sobre a regulação das relações de trabalho, ela clama por criteriosa modificação. Não colhe o argumento de que é inviável a revisão do que sequer chegou a ser posto em prática (faltaria a regulação por legislação infraconstitucional da Carta de 1988): antes, pelo contrário, com raríssimas exceções (ex.: participação em lucros), os preceitos constitucionais, no particular, foram tidos por dotados de eficácia plena, direta e imediata, prescindindo da intervenção do legislador infraconstitucional. Além disso, o argumento volta-se contra aqueles que sempre o utilizam: a falta de regulação pode ser creditada à inviabilidade de implementação de preceitos contraditórios e inadequados à realidade nacional.

A Constituição de 1988 representa a vitória do retrocesso, o apego às concepções retrógradas impostas pelo Estado Novo e, assim, impede a democratização das relações de trabalho no Brasil. O entrave deve ser

afastado: o ingresso da democracia no campo das relações de trabalho é inevitável. A prática tem demonstrado que os obstáculos opostos pela Constituição de 1988 ao avanço da regulação democrática são inoperantes: basta lembrar que a unicidade sindical imposta pela art. 8º, II, já não subsiste diante da pluralidade sindical de fato, que temos. Nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos.

As mudanças devem perseguir os seguintes objetivos: 1º - eliminar o entulho autoritário e corporativista; 2º - compatibilizar a regulação das relações de trabalho com a norma fundamental contida no art. 1º da Constituição; 3º - podar os excessos de normatividade, reduzindo o luxo de minúcias ao essencial.

O objetivo fundamental (do qual todos os demais são corolário) é a supressão do autoritarismo e do corporativismo, implantados em 1937, conservados e incentivados em 1964, mas incompatíveis com a nova ordem democrática a que aspira o País. Existem, basicamente, dois métodos de regulação das relações de trabalho: o autoritário e o democrático. O primeiro, lastreado no corporativismo, caracteriza-se por: a) sindicato como instrumento dos interesses do Estado e não dos trabalhadores; b) unicidade sindical, ou seja, unidade sindical imposta por lei; c) organização sindical por categorias, e não por profissões, setores de economia ou empresa; d) contribuição sindical obrigatória; e) composição classista dos órgãos da Justiça do Trabalho; f) poder normativo dos Tribunais do Trabalho; g) proibição da greve; h) inexistência (ou debilidade) da negociação coletiva. O segundo método (o democrático), compatível com a economia social de mercado, baseado na livre iniciativa e na concorrência, assim se caracteriza: a) sindicato livre da interferência do Estado; b) liberdade sindical em todos os sentidos, e não apenas como autonomia; c) possibilidade de pluralidade sindical, convergindo para a unidade livremente deliberada pelos interessados; d) reconhecimento da autonomia coletiva dos grupos profissionais organizados; e) incentivo à negociação coletiva das condições de trabalho; f) Justiça do Trabalho não corporativista, ou seja, sem representantes classistas e desprovida de poder normativo; g) direito de greve reconhecido como instrumento de luta dos trabalhadores. A Constituição de 1988 fracassou, ao tentar introduzir elementos do método democrático (autonomia sindical, ênfase na negociação coletiva e direito de greve) na regulação autoritária e corporativista que conservou, como herança dos regimes ditatoriais de 1937 e 1964. Merece, por isso, ser modificada.

O segundo objetivo acima enunciado consiste no estabelecimento de uma regulação das relações de trabalho compatível com a norma fundamental – o Brasil se constitui em Estado democrático de direito. Como consequência do primeiro desiderato, uma vez eliminados os resquícios de autoritarismo e corporativismo, a democratização se impõe. Ao contrário do método autoritário, que se caracteriza pela desconfiança do Estado em relação aos interlocutores sociais, o método democrático repousa sobre o elemento confiança: o Estado confia em que trabalhadores e empresários, que têm interesses antagônicos mas não inconciliáveis, encontrem por meio da negociação coletiva as melhores soluções para a composição das respectivas pretensões. O rumo da democratização afasta-se da influência maciça do Estado, vale dizer, preconiza a redução da presença deste.

Como terceiro objetivo a ser alcançado, visualiza-se a austeridade no relacionar os direitos sociais. O constituinte de 1988 olvidou-se da lição de Portalis. O autor do Discours préliminaire, em 1804, assentou que "as leis positivas não podem substituir inteiramente o uso da razão natural nos assuntos da vida. As necessidades da sociedade são tão variadas, a comunicação dos homens é tão ativa, seus interesses são tão multiplicados e suas relações tão extensas, que é impossível ao legislador a tudo prover". E adiante: "A tarefa da lei é fixar, em grandes linhas, as máximas gerais do direito, estabelecer princípios fecundos em consequências, e não descer ao pormenor das questões que podem surgir em cada matéria". O excesso de normatividade do Texto Fundamental de 1988 deve ser condenado.

A rigidez da enumeração dos benefícios, com a deliberada intenção de torná-los auto-aplicáveis, deu resultados negativos, como é de sabença geral.

7. A proposta de supremacia do negociado sobre o legislado

A autonomia coletiva privada pressupõe o regime de liberdades públicas, vale dizer, assenta sobre o princípio da democracia (ou princípio estruturante do Estado democrático de direito consagrado pelo art. 1º da Constituição). Em regime autoritário, não há espaço para a expressão da autonomia negocial dos grupos organizados. Se o Estado a tudo provê, se dispensa proteção ao empregado, como cogitar de autonomia dos

grupos? Por tal motivo, a greve é proibida.

Já no Estado democrático, a via negocial para composição dos recíprocos interesses das classes antagônicas encontra ambiente propício para desenvolver-se e não pode prescindir da greve como direito a ser exercido com responsabilidade pelos trabalhadores.

Numa ordem democrática, inexistente possibilidade de antagonismo ou oposição entre o negociado e o legislado. Existiria apenas o negociado, pois o legislador se limitaria a promover as condições em que o negociado poderia expandir-se. O Estado, como nuno tutelar do interesse maior da coletividade, atuaria como mediador e arbitraria os conflitos.

O tratamento do tema conduz ao exame do projeto de lei do Poder Executivo (Projeto de lei da Câmara nº 134, de 2001), ora em tramitação no Senado, segundo o qual a lei só regulará as relações de trabalho na ausência de acordo ou convenção.

Cabe observar que o projeto se antecipa à desejada e necessária reforma do texto constitucional. O teor do projeto seria adequado a um regime democrático de regulação das relações de trabalho, atualmente desconhecido no direito brasileiro. Ele pressupõe um ambiente de liberdade sindical que infelizmente ainda não foi implantado no Brasil. Sim, porque ele dá ênfase à negociação coletiva das condições de trabalho, sempre que os interlocutores sociais mostrem descontentamento com a legislação vigente.

Uma negociação coletiva digna deste nome só encontra foros de efetividade em clima de liberdade sindical, já que exige na representação dos trabalhadores entidades sindicais autênticas e fortalecidas. O movimento sindical brasileiro, em sua vertente oficial, não exibe tais características. Não há dúvida, porém, de que os sindicatos filiados às centrais sindicais mais atuantes, como a CUT, a Força Sindical e a Social Democracia Sindical podem desincumbir-se a contento da tarefa que o projeto lhes atribui: negociar condições de trabalho à margem da lei como contra-poder eficaz em face do poder econômico e estatal.

Por tal motivo, não prospera a crítica dirigida ao projeto, no sentido de que ele só teria condições de vingar após a reforma da Constituição que consagrasse a liberdade sindical. Queimar etapas, em temas de natureza social, por vezes encarna providência salutar. Desejável seria – é óbvio – que a ordem natural das coisas fosse observada: primeiro a reforma do sistema sindical, depois a liberdade de negociação, como consequência natural. Tal desiderato, contudo, encontra óbice intransponível na resistência oposta pelos atores cujos interesses imediatos serão afetados pela reforma. A adoção da medida preconizada pelo projeto contribuirá, sem dúvida, para acelerar a reforma, pois deixará evidente o atraso exibido pelo sindicalismo oficial.

O projeto se ajusta à visão atualizada da função social exercida pelo direito do trabalho. Este assumiu em fase recente de sua evolução histórica a função de gestão racional da força de trabalho no mundo das relações sociais caracterizadas pela prestação de serviços por uma pessoa física em benefício de outrem. Em uma perspectiva interna ou técnico-jurídica, a legislação trabalhista exerce a função de ordenar o sistema das relações de trabalho mediante a regulação das relações individuais e coletivas e, numa perspectiva externa ou funcional, promove a integração do conflito industrial abrindo caminhos para sua composição. O projeto insere-se perfeitamente na orientação sociológica perfilhada pelo direito do trabalho na atualidade.

Busca o legislador, com a apresentação deste projeto, dar atuação prática à ênfase que a Constituição confere ao instituto da negociação coletiva. Em diversos incisos dos arts. 7º e 8º, além do art. 114, § 1º, a Constituição abre amplo espaço ao entendimento direto entre os interessados, para a regulação dos recíprocos interesses e para a composição dos conflitos ocorrentes. O projeto, portanto, não introduz inovação no direito brasileiro, apenas dá seguimento à orientação que a Lei Maior já imprime à regulação das relações de trabalho e à solução das controvérsias.

O grave defeito que a Constituição apresenta (albergar em conjunto elementos dos dois métodos de regulação das relações de trabalho, o autoritário e o democrático) será progressivamente eliminado, com a supressão das características autoritárias e o triunfo do regime democrático. O projeto dá um passo importante para que este resultado seja alcançado.

8. Conclusão

As conseqüências práticas da conversão do projeto em lei serão as seguintes: 1^a – mudança do lugar em que se processa a negociação entre empregado e empregador; 2^a – mudança do nível da negociação; 3^a – mudança do tempo em que ocorre a negociação; 4^a – mudança da natureza dos direitos negociados.

Atualmente, a negociação entre empregado e empregador se desenvolve nas Varas do Trabalho, quando do ajuizamento da reclamação pelo trabalhador que acabou de perder o emprego. As estatísticas informam que cerca de 60% das ações trabalhistas findam por acordo, de resto previsto e, a bem dizer, imposto por lei. Não por acaso, os órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho chamavam-se, até bem pouco tempo atrás, Juntas de Conciliação e Julgamento. Só se julgava se fracassasse a conciliação. Os órgãos de primeiro grau de jurisdição existem basicamente para conciliar. No momento processual da conciliação, os supostos direitos irrenunciáveis, inegociáveis, indisponíveis, etc. do trabalhador despem-se dessas características e passam a constituir objeto de um acordo, quase sempre confortável para o empregador. Os direitos do trabalhador só são indisponíveis na empresa, enquanto se executa o contrato de trabalho. Depois disso, tornam-se perfeitamente negociáveis. Pois bem: o projeto desloca a negociação do espaço físico das Varas do Trabalho para a sede do sindicato ou da empresa. Na prática, as Varas do Trabalho passarão a exercer sua verdadeira função: julgar, e não (predominantemente) conciliar. O lugar da negociação não deve ser a Justiça do Trabalho, mas sim aquele que o contato direto entre os interessados indicar.

No momento atual, a negociação nas Varas do Trabalho se processa com a atuação exclusiva do empregado e do empregador, ambos com a assistência dos respectivos advogados (ansiosos pela celebração do acordo) e sob as vistas do magistrado (também ansioso pela ultimação do ajuste entre as partes para pôr fim ao processo). Esta negociação se dá, portanto, em nível individual. Não há participação do sindicato. Os direitos debatidos são exclusivamente os do reclamante, autor da ação. Não estão em jogo os interesses da coletividade de trabalhadores em que se integra o empregado envolvido no litígio. A negociação almejada pelo projeto, entretanto, é coletiva. Vai interessar a toda a coletividade, não apenas a este ou àquele reclamante, atomizado, considerado individualmente. O nível da negociação se altera: de individual torna-se coletivo. Os interesses dos trabalhadores serão considerados não como objeto de uma negociação individual processada em juízo, mas como fonte de direito, envolvendo os de toda uma coletividade.

Hoje, a negociação ocorre após o término do contrato de trabalho. As estatísticas demonstram que, em sua esmagadora maioria, as reclamações trabalhistas são formuladas pelo empregado após a dispensa. A Justiça do Trabalho é justiça do desempregado, quando deveria ser do empregado. Ou seja, as ações deveriam ser propostas no curso da execução do contrato de trabalho e não após o seu fim. O projeto altera radicalmente este estado de coisas: se convertido em lei, obrigará a negociação a regular os contratos de trabalho existentes e os que vierem a ser celebrados posteriormente à vigência da norma coletiva. Daí resultará a redução do nível de conflitividade, porque a norma negociada será espontaneamente cumprida pelos empregadores. O maior interessado no cumprimento da norma é aquele que participou de sua elaboração. Nos dias que correm, o altíssimo nível de conflitividade verificado na prática deriva do caráter impositivo da norma heterônoma, que é aceita porque imperativa (temor da multa administrativa), mas não é acatada, sendo descumprida sempre que houver oportunidade. Implantado o regime de prevalência da autonomia coletiva privada, a Justiça do Trabalho passará a julgar as controvérsias derivadas da interpretação da lei e da norma coletiva, reduzindo-se consideravelmente o número de feitos ora em curso.

Finalmente, a mudança da natureza dos direitos negociados. Segundo o regime ora em vigor, a negociação envolve unicamente direitos de natureza individual, patrimonial e, portanto, disponíveis. A suposta irrenunciabilidade dos direitos outorgados por lei imperativa ao trabalhador, decantada pelos compêndios em obediência a uma tradição já ultrapassada pelas novas realidades econômicas e sociais, existe apenas no papel. Na realidade prática, o crescimento do setor informal e a negociação processada após a extinção do vínculo empregatício ou eliminam pela raiz os supostos direitos (trabalhador removido para o setor informal não tem qualquer direito trabalhista) ou os transformam em direitos negociáveis em nível individual. A realidade atual demonstra que a indisponibilidade dos direitos já é noção própria de um passado longínquo: juridicamente, a Constituição de 1988 já transformou tais direitos em negociáveis, fulminando a decantada irrenunciabilidade; e faticamente, como objeto de transação judicial, jamais foram tidos por indisponíveis, uma vez que no acordo

celebrado em juízo o resultado da conciliação engloba todas as verbas postuladas na ação em um só valor pecuniário, abrangendo a pretensão em sua totalidade para ensejar a extinção da demanda. A vingar o projeto, os direitos que constituírem objeto da negociação coletiva serão – estes sim – indisponíveis em nível individual e só mediante novo processo de negociação poderão ser suprimidos, ampliados ou negociados. O projeto, portanto, tem o condão de tornar indisponíveis os direitos individuais, que atualmente nada têm de irrenunciáveis.

Quanto à ideologia da proteção, cumpre também extrair uma conclusão do que foi dito acima. A ideologia da proteção compõe o sistema de idéias que povoam o direito do trabalho brasileiro na atualidade. Como observa com propriedade Edgar Morin, "nossos sistemas de idéias (teorias, doutrinas, ideologias) estão não apenas sujeitos ao erro, mas também protegem os erros e ilusões neles inscritos. Está na lógica organizadora de qualquer sistema de idéias resistir à informação que não lhe convém ou que não pode assimilar". É certo, portanto, que a noção de proteção como princípio estruturante do direito do trabalho resistirá quanto puder ao embate das novas idéias a ele contrárias. Diz ainda Edgar Morin que "as doutrinas que são teorias fechadas sobre elas mesmas e absolutamente convencidas de sua verdade, são invulneráveis a qualquer crítica que denuncie seus erros". É verdade. Embora a doutrina da proteção seja invulnerável à crítica que denuncia seus erros, tal crítica não pode deixar de ser formulada em nome do progresso das relações sociais no Brasil e da democratização das relações de trabalho.

9. Bibliografia

CASTÁN TOBEÑAS, José. *La idea de justicia social*. Madrid: Reus, 1966, p. 40-41.

MORE, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Abril Cultural, 1972, p. 196-197 (Coleção Os Pensadores).

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 22.

PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. Discours préliminaire sur le projet de Code Civil. In: _____. *Ecrits et discours juridiques et politiques*. [Marseille]: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 25.

VICO, Giambattista. *La scienza nuova*. 2ª ed. Milan : Rizzoli, 1988, p. 196.

Possibilidade de modificação do prazo nonagesimal

José Levi Mello do Amaral Júnior

Procurador da Fazenda Nacional (PRFN da 4ª Região)

Mestre (UFRGS) e doutorando (USP) em Direito do Estado

Professor de Direito Constitucional na PUC/RS e no UniCEUB/DF

Assessor da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República

jose.levi@uol.com.br

Em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclinou-se no sentido de não admitir a supressão – por emenda constitucional – do princípio da anterioridade relativamente a um novo imposto. A orientação foi vitoriosa no julgamento da ADIn nº 939/DF, Relator Min. Sidney Sanches, atinente ao Imposto Provisório sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF).

Da ementa do julgado referido extrai-se o seguinte excerto: "A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica 'o art. 150, III, 'b', e VI', da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV e art. 150, III, 'b', da Constituição); (...)"(grifamos).

A esse propósito, vale questionar a aplicação desse entendimento ao prazo nonagesimal a que se refere o § 6º do art. 195 da Constituição de 1988 ("As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, 'b'").

Não há dúvida quanto à similitude de natureza havida entre o princípio da anterioridade do art. 150, III, e o prazo nonagesimal do art. 195, § 6º. Um e outro são garantias do contribuinte e, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ambos se inserem na proteção do art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988.

Importa, então, determinar o alcance do art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988.

Na dicção do dispositivo constitucional em causa, não serão objeto de deliberação as propostas de emendas à Constituição que sejam **tendentes** a abolir os direitos e garantias individuais. Em conformidade com decisão mais recentemente proferida pelo Supremo Tribunal Federal – ao indeferir medida liminar nos autos da ADIn nº 2.024/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence –, "as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, **não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nela se protege**" (grifamos).

Em outras palavras, é juridicamente possível modificar normas constitucionais insertas no âmbito protetivo do art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, desde que a modificação não seja tendente a abolir a decisão política fundamental ali plasmada. Justamente por ser uma decisão política "fundamental" é que **não pode ser abolida, mas pode ser emendada desde que a modificação não desnature a decisão política fundamental em questão**. Por exemplo – e esse é o caso enfocado na ADIn nº 2.024/DF – mostra-se juridicamente possível a modificação do modelo federativo adotado em 1988, mas, por outro lado, não seria compatível com a Constituição de 1988 a abolição da forma federativa de Estado no Brasil.

Enfim, com a decisão em comento, o Supremo Tribunal Federal abandonou a inflexibilidade adotada na ADIn nº 939/DF ("princípios e normas imutáveis") e retornou a uma leitura mais flexível e mais condizente com a norma constitucional, leitura essa já adotada quando do julgamento, no início da década de 80, do MS nº 20.257/DF, Redator para o Acórdão Min. Moreira Alves (DJ de 27.02.1981). "Mais condizente" porquanto o art. 60, § 4º, da Constituição de 1988 **não impede a modificação de normas constitucionais, mas, sim, a abolição das decisões políticas fundamentais**.

Enfim, o prazo nonagesimal, na lógica exposta (extraída que foi da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) **pode ser objeto de emenda constitucional que o reduza**, desde que a redução se dê dentro de um *quantum* razoável e que – justamente por ser razoável – não desnature o § 6º do art. 195 da Constituição de 1988 enquanto garantia do contribuinte.