

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

JIMENNA ROCHA CORDEIRO GUEDES

**CONCILIAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA NO BRASIL:
ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO E A INDISPONIBILIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

**JOÃO PESSOA
2012**

JIMENNA ROCHA CORDEIRO GUEDES

**CONCILIAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA NO BRASIL:
ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO E A INDISPONIBILIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Pedrosa Nunes

JOÃO PESSOA
2012

JIMENNA ROCHA CORDEIRO GUEDES

**CONCILIAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA NO BRASIL: ENTRE A
FLEXIBILIZAÇÃO E A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS**

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Pedrosa Nunes

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio Pedrosa Nunes
Universidade Federal da Paraíba – UFPB

Prof. Dr. Maria Áurea Baroni Cecato

**Prof. Dr. Paulla Christianne da Costa
Newton**

JOÃO PESSOA
2012

G924c Guedes, Jimena Rocha Cordeiro.

Conciliação judicial trabalhista no Brasil: entre a flexibilização e a indisponibilidade dos direitos fundamentais sociais / Jimena Rocha Cordeiro Guedes.-- João Pessoa, 2012.

230f.

Orientador: Cláudio Pedrosa Nunes

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ

1. Direito Trabalhista. 2. Conciliação judicial trabalhista – Brasil. 3. Direitos fundamentais. 4. Negociação. 5. Conciliação. 6. Flexibilização.

UFPB/BC

CDU: 34:331(043)

A Demócrito por segurar a minha mão e me
fazer rir em todas as circunstâncias.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por me conceder a força e as oportunidades de aprender nos bons e nos maus momentos.

Minha gratidão ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba pela oportunidade de crescimento humano e intelectual.

Agradeço também a meu orientador, o Prof. Dr. Cláudio Pedrosa Nunes, pelo apoio, compreensão e orientação, sem as quais este trabalho não seria possível.

Não poderia deixar de agradecer à Prof.^a Maria Áurea Baroni Cecato que além de ter me auxiliado bastante com seus conhecimentos acadêmicos, também me proporcionou sua experiência e amizade.

Sou muito grata também à minha turma de mestrado, especialmente a Jailton Macena, pelo apoio, pelo sorriso, pelo companheirismo e pela amizade sincera que desenvolvemos ao longo destes dois anos de convivência. Agradeço também a Ana Paula Marques pela alegria e pelos momentos de confraternização que sempre proporcionou a todos os colegas de turma.

Os maiores agradecimento não seriam suficientes para honrar a minha mãe, fonte de tudo, pedaço de mim. Obrigada mãe, pela luta que foi me educar e por todo o suporte que tem me dado nesta vida. Também não poderia esquecer meu padastro Sérgio Ricardo, pelo suporte, pelo apoio, pelo carinho e pela presença de pai. Meus imensos agradecimentos também aos meus avós Miguel e Maria de Lourdes que me deram tanto carinho e cuidado e que, inclusive, deram a mim, minha mãe e irmãos ajuda financeira para nossa educação.

Por fim agradeço a meu noivo, Demócrito Garcia, pela companhia, pela serenidade, pelo amor e dedicação profundos que me dedica e pelo auxílio direto com a dissertação. Com ele tudo na vida parece positivo.

RESUMO

A presente dissertação visa compreender o instituto da conciliação judicial trabalhista no Brasil. Para tal, considera-se a contradição que a conciliação enfrenta por ter de lidar com direitos fundamentais indisponíveis no âmbito do Poder Judiciário e por configurar como a única alternativa, em nível individual, a permitir a negociação destes direitos. Para compreender a razão do papel contraditório que esta desempenha, pesquisou-se sobre o valor do trabalho na história e a sua atual crise, a construção dos direitos humanos e o reconhecimento dos direitos laborais como tais, bem como a tentativa de desconstrução destes como fundamentais através do instituto da flexibilização. A partir da compreensão do papel da conciliação, tentou-se construir uma crítica dogmática, com traços econômicos e sociológicos, sobre a coerência da configuração jurídica deste instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Conciliação judicial trabalhista. Trabalho. Direitos fundamentais. Flexibilização.

RESUMEN

Esta disertación tiene por objetivo comprender el instituto de la conciliación judicial laboral en Brasil. Para hacerlo, se consideró la contradicción a la cual la conciliación enfrenta por el hecho de tratar de derechos fundamentales indisponibles en el seno del Judiciário y por configurarse como la única alternativa, en nivel individual, a permitir la negociación de estos derechos. Buscandose entender la razón del papel contradictorio que desempeña, se pesquisó el valor del trabajo en la historia y su crisis actual, la construcción de los derechos humanos y el reconocimiento de los derechos laborales como tales, así como el intento de desconstruir la caracterización de estos como de derecho fundamental por medio del instituto de la flexibilidad. Partiendo de la comprensión del papel de la conciliación, se intentó construir una crítica dogmática, con trazos económicos y sociológicos, a respecto de la coherencia de la configuración jurídica de este instituto con el ordenamiento jurídico brasileño.

Palavras-chave: Conciliación judicial laboral. Trabajo. Derechos fundamentales. Flexibilidad.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos
EBES	Estado de Bem-Estar Social
ESP	Espanha
FRA	França
GBR	Grã-Bretanha
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPM	Índice de Pobreza Multidimensional
KOR	Coréia do Sul
MARDs	Meios Alternativos de Resolução de Disputas
MEX	México
MOW	Meaning of Work International Research Team
MST	Movimento dos Sem-Terra
NZL	Nova Zelândia
OJ	Orientação Jurisprudencial
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
TST	Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - O VALOR SOCIAL, INDIVIDUAL E ECONÔMICO DO TRABALHO 15

1.1. Trabalho, ser humano e sociedade	15
1.2. O valor do trabalho no comunismo primitivo	18
1.3. O valor do trabalho no modo de produção escravagista.....	20
1.4. O valor do trabalho no modo de produção feudal	27
1.5. O valor do trabalho para o capitalismo	34
1.6. Trabalho: categoria morta, valor humano ou mercadoria?.....	47

CAPÍTULO 2 - O VALOR DO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA INDISPONIBILIDADE..... 53

2.1. A afirmação histórica dos direitos humanos	53
2.2. O que são os direitos humanos e os direitos fundamentais?	67
2.3. O direito do trabalho como núcleo necessário à dignidade.....	76
2.4. O direito do trabalho e o Estado Social e Democrático de Direito	81
2.5. A indisponibilidade dos direitos humanos fundamentais.....	88
2.6. A autonomia negocial e a indisponibilidade	97

CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA..... 107

3.1. As bases ideológicas da flexibilização	107
3.2. A flexibilização e a conjuntura dos direitos sociais	115
3.3. Tipos de flexibilização das leis trabalhistas	125
3.4. A flexibilização no direito brasileiro.....	129
3.5. A flexibilização e o neoliberalismo na prática: quais os efeitos para o trabalhador?.....	133

CAPÍTULO 4 – CONCILIAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA: FORMA DE EFETIVAÇÃO OU DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?..... 140

4.1. Uma introdução à questão da conciliação e do Judiciário trabalhista	140
4.2. Fundamentos da conciliação judicial	153
4.2.1. A conciliação como negócio jurídico.....	157

4.2.2. A conciliação como jurisdição voluntária	159
4.2.3. A conciliação como jurisdição contenciosa.....	162
4.3. A conciliação judicial trabalhista brasileira	164
4.3.1. Fundamentação legal.....	165
4.3.2. Conceito e natureza jurídica.....	168
4.3.3 Conciliação judicial trabalhista e procedimento	170
4.4. Críticas ao procedimento conciliatório brasileiro	171
4.5. Motivos para o incentivo da utilização da conciliação judicial trabalhista	182
4.6. Conciliação, direitos fundamentais e flexibilização	185
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	194
ANEXOS	207
ANEXO 1.....	207
ANEXO 2.....	208
ANEXO 3.....	209
ANEXO 4.....	210
ANEXO 5.....	211
ANEXO 6.....	212
ANEXO 7.....	213
ANEXO 8.....	215
ANEXO 9.....	216
ANEXO 10.....	217

INTRODUÇÃO

O valor do trabalho na atualidade encontra-se em crise e, conseqüentemente, o direito laboral compartilha desta. O trabalho, como o uso das capacidades para alcançar um objetivo, sempre foi inerente ao ser humano e, por isto, sempre foi tratado com grande naturalidade pelas sociedades pré-modernas. Porém, com o advento do capitalismo na modernidade, o trabalho requinta-se e perde seu ar natural. As causas desta transformação são a separação nítida entre o trabalhador e os meios de produção, a regulação da atividade do trabalho em horários, a instituição de lugares de trabalho apartados do lar e da família, a intensificação e segmentarização dos processos produtivos que saíram do domínio e do prazer e da identidade do trabalhador. Estas causas tornam transformam o trabalho numa execução de uma atividade autônoma, sem significado. Toda esta conjuntura, somada ao entendimento dos proprietários capitalistas de que o trabalho é a fonte do lucro, foram responsáveis por sua centralidade no mundo Moderno.

As longas lutas pela conquista de direitos laborais culminaram na criação de um ramo do direito específico do trabalho. Este alcançou seu auge no seio dos Estados de Bem-Estar Social a partir da concepção de que não só o trabalho é a fonte do valor na economia, mas que a sua valorização é capaz de gerar um crescimento autossustentado desta. O Estado de Bem-Estar Social permitiu não só a proliferação de novos direitos sociais, mas também uma mudança de perspectiva do próprio direito, fundamentada em princípios sociais. Permitiu-se também o reconhecimento do direito do trabalho como direito humano fundamental.

A crise dos Estado de Bem-Estar Social, porém, surge como um grande abalo para a centralidade do trabalho não só na sociedade como na economia. Esta crise, acompanhada pelo advento dos novos processos e tecnologias produtivas poupadoras de emprego, da globalização do mundo, das economias, das empresas, da força do trabalho e do capital, colocou em cheque a centralidade do trabalho. Esta conjuntura somou-se às investidas da ideologia neoliberal e disseminou a crença de que o trabalho é secundário para a criação de valores e que cada vez mais se tornará mais secundário para a economia, bem como que o modelo econômico de valorização do trabalho havia falhado em criar ciclos econômicos virtuosos.

Toda esta conjuntura gera uma tensão entre a ideologia outrora afirmada dos direitos sociais laborais como direitos fundamentais e a ideologia neoliberal da não fundamentalidade do trabalho para o ser humano e para as economias. Esta tensão se reflete na tentativa de flexibilizar os direitos laborais não só através da relativização das normas materiais que o tutelam, como a partir dos procedimentos que as efetivam. Como a concepção dos direitos laborais enquanto direitos fundamentais parece ter se arraigado na sociedade, a tentativa de flexibilizá-los apresentou-se de forma bastante desgastante para os Poderes e Instituições que tentaram fazê-lo, assim, atualmente, parece que os esforços destes tem se voltado à instrumentalização de uma flexibilização reflexa que garanta, na prática, que os direitos laborais não precisem ser respeitados.

Esta estratégia de flexibilização encontrou guarida num discurso bastante aceito socialmente, que é o do movimento de acesso à justiça. Como será visto, o acesso à justiça, em sua formulação autêntica, busca a efetividade dos direitos fundamentais em todas as suas acepções, principalmente a social, para tanto, diante da dificuldade de se alcançar estes direitos através do Judiciário, buscou vias, algumas delas alternativas àquele Poder, para que este acesso acontecesse de forma plena. Algumas instituições de base liberal apoderaram-se deste discurso e viram, nas citadas vias alternativas à Jurisdição, o meio ideal para flexibilizar os direitos laborais. Por estes meios não serem tão submetidos às regras rígidas do processo, seria mais fácil o desrespeito àqueles direitos. Somados a esta possibilidade, os Meios Alternativos de Resolução de Disputas – MARDs também poderia garantir aos mercados a solução de controvérsias de forma mais econômica, rápida e descomplicada.

É dentro desta perspectiva que se buscará estudar a conciliação judicial trabalhista, como um procedimento que, envolto no discurso do acesso à justiça, pode estar servindo como um meio para a flexibilização dos direitos fundamentais do trabalhador e não como um modo de efetivação destes, como prega aquele discurso.

Para chegar aos diagnósticos e resultados propostos, o estudo foi dividido em quatro capítulos. Os dois primeiros voltam-se à construção da idéia defendida nesta dissertação de que o trabalho é essencial à vida digna de todo ser humano em todas as épocas e, por este motivo, deve ser encarado como um direito fundamental, tendo sua efetivação em todos os níveis, seja público ou privado.

Para tanto, o Capítulo 1, intitulado de “O valor social, individual e econômico do trabalho”, está centrado sobre a importância do trabalho para o ser humano em toda história,

desde a perspectiva social, individual e econômica. Assim, estas três dimensões são estudadas dentro da divisão da história das sociedades em modos-de-produção, como proposto por Marx, passando pelo comunismo primitivo, pelo escravagismo, feudalismo e capitalismo. Dentro da abordagem do capitalismo, haverá uma introdução ao estudo da crise do valor e do direito do trabalho, a qual será mais bem compreendida nos demais capítulos, principalmente no capítulo 3 que versa sobre a flexibilização.

Ainda na tentativa de defender o trabalho humano como essencial à vida digna, o Capítulo 2, intitulado de “O valor do trabalho como direito humano fundamental e sua indisponibilidade”, aborda esta essencialidade a partir de um ponto de vista mais voltado ao direito. Para tal, os conceitos de direitos humanos e fundamentais, de dignidade, de Estado Democrático de Direito, de Estado de Bem-Estar Social, de autonomia e de indisponibilidade serão trabalhados. O direito será tratado não só como um dado posto, mas como um instrumento que as sociedades elegeram para organizá-las, de modo a respeitar determinados valores que lhes são caros e atingir determinadas finalidades. Assim, o direito também será tratado através da história e das ideologias preponderantes.

O Capítulo 3, intitulado de “Fundamentos da flexibilização trabalhista”, aprofundará a análise da crise do valor do trabalho na atual sociedade, analisará as ideologias econômicas que esteiam as idéias de valorização ou desvalorização do trabalho humano e as contraporá com a concepção de direitos humanos defendida no Capítulo 2. A idéia de conciliação como instrumento que possibilita a flexibilização de direitos também será introduzida. Neste capítulo se buscará defender a tese de que a valorização do trabalho não só é uma questão de humanidade, como também é uma questão de saúde econômica. Tentar-se-á demonstrar que a flexibilização intentada pela ideologia neoliberal tem trazido resultados negativos, tanto na esfera social como econômica. Para alcançar estes objetivos, serão estudadas as bases ideológicas da flexibilização, a conjuntura dos direitos sociais, os tipos de flexibilização das leis trabalhistas, a flexibilização no direito brasileiro e os efeitos da flexibilização e do neoliberalismo para o trabalhador.

O Capítulo, intitulado de “Conciliação judicial trabalhista: forma de efetivação ou de flexibilização dos direitos humanos?” traça o diagnóstico sobre a atual situação do trabalho no mundo, os conceitos defendidos ao longo da dissertação sobre a sua importância e a sua caracterização como direito humano fundamental, a importância de sua defesa para o respeito aos Estados Sociais e Democráticos de Direito, como o Brasil, e a tentativa pouco coerente

com o Ordenamento Jurídico brasileiro de flexibilizar estes direitos através da conciliação judicial trabalhista. Buscar-se-á demonstrar que o incentivo à conciliação judicial laboral, nos moldes como é posta no Ordenamento brasileiro, traduz-se na institucionalização da possibilidade do desrespeito a direitos humanos fundamentais e a preceitos de Ordem Pública com o fito de realizar, na prática, os objetivos da ideologia neoliberal no país.

CAPÍTULO 1 - O VALOR SOCIAL, INDIVIDUAL E ECONÔMICO DO TRABALHO

1.1. Trabalho, ser humano e sociedade

Em todas as épocas, observou-se que o ser humano traz, com a sua existência, uma necessidade intrínseca, a de alcançar os meios para continuar a existir. A subsistência é a necessidade humana primordial, já que todas as outras necessidades ou desejos derivam dela. A necessidade de subsistir foi resolvida através da ação humana sobre a natureza, colhendo dela primeiramente o seu sustento alimentar, logo se protegendo das intempéries climáticas e dos outros animais. De acordo com as necessidades que se lhes apresentavam, os humanos as resolviam através do trabalho. O labor é a forma de expressão humana na natureza, este compõe e define as bases materiais do ser humano individualmente e em sociedade ao permitir a dominação ou uso da natureza para alcançar os fins humanos. O trabalho é, nas palavras de MARX: “[...] uma condição de existência do homem, independente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, da vida humana.” (MARX, 1996, p. 172)

O trabalho está intimamente ligado á criação de finalidades. Como disse LUKÁCS, o ser humano tem: “[...] a necessidade de que a existência, o movimento do mundo e até os fatos da vida individual — e estes em primeiro lugar — tenham um sentido.” (LUKÁCS, p. 5). Este sentido fora buscado, primeiramente no sobrenatural, no divino, depois na natureza, na ciência, fora depositado no próprio ser humano e fora abandonado pela convicção da sua total ausência. Marx retirou a responsabilidade da natureza das divindades ou do transcendental de fazer sentido para os homens e a recolocou no próprio ser humano. Descobrindo que o meio que este tem de fazer com que sua vida, seus caminhos e a sociedade façam sentido é através do trabalho, o único intermediário entre os ideais humanos e sua concretização¹. É assim que a centralidade do trabalho, sempre fora, e ainda é presente nos

¹“Em consequência, conceber teleologicamente a natureza e a história implica não somente em que estas têm um fim, estão voltadas para um objetivo, mas também que a sua existência e o seu movimento no conjunto e nos detalhes devem ter um autor consciente. O que faz nascer tais concepções de mundo, não só nos filisteus criadores de teodicéias do século XVIII, mas também em pensadores profundos e lúcidos como Aristóteles e Hegel, é uma necessidade humana elementar e primordial: a necessidade de que a existência, o movimento do mundo e até os fatos da vida individual — e estes em primeiro lugar — tenham um sentido. Mesmo depois que o desenvolvimento das ciências tinha demolido aquela ontologia religiosa que permitia ao princípio teleológico tomar conta, livremente, de todo o universo, esta necessidade primordial e elementar continuou a viver no

dias atuais. Mesmo diante das diversas formas como este é encarado ou como as preocupações e identidade humanas o definam.

Além do sentido de subsistência, o trabalho humano, diferentemente da ação animal, traz em si uma autoafirmação, uma afirmação no mundo, uma construção de si e da própria história, através da reinvenção da natureza (mesmo que cheia de erros e a duras penas). Eis a diferença entre o animal humano e os demais: a construção da sua própria história, além da incidência da repetição instintiva, das leis da natureza. Conforme MARX:

Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha envergonha mais de um arquiteto humano com a construção dos favos de suas colmeias. Mas o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e portanto idealmente. Ele não apenas efetua uma transformação da forma da matéria natural; realiza, ao mesmo tempo, na matéria natural seu objetivo, que ele sabe que determina, como lei, a espécie e o modo de sua atividade e ao qual tem de subordinar sua vontade. E essa subordinação não é um ato isolado. Além do esforço dos órgãos que trabalham, é exigida a vontade orientada a um fim, que se manifesta como atenção durante todo o tempo de trabalho, e isso tanto mais quanto menos esse trabalho, pelo próprio conteúdo e pela espécie e modo de sua execução, atrai o trabalhador, portanto, quanto menos ele o aproveita, como jogo de suas próprias forças físicas e espirituais. (MARX, 1996. p. 298)

pensamento e nos sentimentos da vida cotidiana. [...] N. Hartmann faz uma formulação muito adequada deste fenômeno na sua análise do pensamento teleológico: “Sempre há uma tendência a perguntar “por quê”, com que objetivo deveria acontecer exatamente assim”. Ou então: “Por que tenho que sofrer tanto?”, “Por que morreu tão prematuramente?”. Diante de qualquer fato que nos “agrada”, é normal fazer estas perguntas, mesmo que exprimam apenas preocupação e desespero. Pressupõe-se, tacitamente que, por algum motivo, as coisas devam ir bem; procura-se encontrar um sentido, uma justificativa. Como se fosse pacífico que tudo que acontece devesse ter um sentido”. E Hartmann mostra também como, em termos verbais e na expressão imediata do pensamento, muitas vezes a formulação “com que objetivo” se transforma em “por que razão”, sem eliminar de modo algum, em essência, o interesse finalístico, que continua a predominar substancialmente. [...] Deste modo, a afirmação da teleologia no trabalho é algo que, para Marx, vai muito além das tentativas de solução propostas pelos seus predecessores mesmo grandes como Aristóteles e Hegel, uma vez que, para Marx, o trabalho não é uma das muitas formas fenomênicas da teleologia em geral, mas o único lugar onde se pode demonstrar ontologicamente a presença de um verdadeiro por teleológico como momento efetivo da realidade material. Este reconhecimento correto da realidade lança luz, em termos ontológicos, sobre todo um conjunto de questões. Antes de mais nada, a característica real decisiva da teleologia, isto é, o fato de que ela só pode adquirir realidade quando for posta, recebe um fundamento simples, óbvio, real: nem é preciso repetir Marx para entender que qualquer trabalho seria impossível se ele não fosse precedido de um tal por, que determina o processo em todas as suas fases. Esta característica do trabalho sem dúvida também foi bem compreendida por Aristóteles e Hegel; tanto assim que, quanto tentaram interpretar teleologicamente também o mundo orgânico e o curso da história, se viram obrigados a imaginar a presença neles, de um sujeito responsável por este por necessário (em Hegel o espírito do mundo), resultando disto que a realidade acabava por transformar-se inevitavelmente num mito. No entanto, o fato de que Marx limite, com exatidão e rigor, a teleologia ao trabalho (à práxis humana), eliminando-a de todos os outros modos do ser, de modo nenhum restringe o seu significado; pelo contrário, a sua importância se torna tanto maior quanto mais se toma consciência de que o mais alto grau do ser que conhecemos, o social, se constitui como grau específico, se eleva a partir do grau em que está baseada a sua existência, o da vida orgânica, e se torna uma nova espécie autônoma de ser, somente porque há nele este operar real do ato teleológico. Só é lícito falar do ser social quando se compreende compreendido que a sua gênese, o seu distinguir-se da sua própria base, o processo de tornar-se algo autônomo, se baseiam no trabalho, isto é, na continuada realização de posições teleológicas.” (LUKÁCS, p. 5-7)

O trabalho é o meio de concretizar a inventividade, o aprendizado, as conclusões, as vontades, os ideais e as finalidades do ser humano. É através do trabalho que todos aqueles substantivos podem tornar-se realidade, da idealização à execução. É este exercício laborioso que faz com que o ser humano mude o seu percurso do instinto natural já escrito e comece a escrever sua história a partir das suas próprias ideias. É a partir deste exercício que não só sua vida vai sendo construída como a sua personalidade, como seu próprio eu, “o trabalho tem um caráter de afirmação, de consciência e auto-engendramento da própria vida” (BENDASSOLLI, p. 118). O trabalho é, portanto, também, uma auto-criação, pois ao produzir algo através de uma intenção direcionada, reconhece-se como autor deste algo e percebe-se as características deste algo. A pessoa enxerga a si própria, a partir do algo feito, com as qualidades e características que quis e realizou.

Não só o trabalho influi na sobrevivência, na história e na identidade humana, como também em suas relações sociais. É a mudança da conformação material e social do trabalho que molda a passagem da história, como aponta Marx:

Na produção, os homens não só actuam sobre a natureza mas também sobre outros homens. Só podem produzir colaborando de determinada forma e procedendo a uma troca de actividades. Para produzir têm de estabelecer entre si determinadas ligações e relações, e a sua acção sobre a natureza, a produção, exerce-se apenas através dessas ligações e relações sociais. (MARX *apud* GIDDENS, 2005, p. 70)

Perscrutar a importância social do trabalho na história significa compreender como as bases materiais da sociedade influenciam a identidade dos seres humanos e suas relações nas mais variadas épocas, bem como o desenvolvimento² dessas mesmas bases materiais. Por mais que os valores relacionados ao trabalho e este próprio desempenhem importância social e individual diversas nas distintas sociedades e épocas, buscar-se-á analisar o papel do trabalho na história do homem e das sociedades. Partindo do estudo dos modos de produção³,

² Desenvolvimento nesse sentido não se trata de aspectos qualitativos, mas apenas de um processo histórico.

³ Modo de produção é um conceito marxista que caracteriza determinadas sociedades pelo modo como se organiza o processo pelo qual o ser humano age sobre a natureza para satisfazer suas necessidades, isto é, o processo pelo qual o homem trabalha. A concepção de modo de produção encara que a estrutura fundamental de cada sistema econômico se dá nas relações sociais de produção, segundo Avelãs Nunes, “nas relações que entre si desenvolvem as várias categorias de agentes econômicos, podendo definir-se estas relações, no plano jurídico, pela relação (de apropriação ou de separação) que se estabelece entre os trabalhadores e os meios de produção.” (NUNES, 2007. P. 63). Jacob Doringier, em prefácio de sua autoria ao livro “A ideologia alemã” de Marx e Engels caracteriza o modo de produção como na conjugação da produção material com sua forma correspondente de intercâmbio e identifica este conceito como o que a literatura política chamava de sociedade

buscando o sentido do trabalho, desde sociedades remotas⁴, para compor o seu significado atual, como categoria central ou como categoria morta; como fonte de liberdade ou de dominação; como libertador ou auxiliar no processo de reificação dos seres humanos.

O histórico seguinte buscará analisar de que forma a alguns seres humanos lhes foi retirado o direito de usufruto da natureza, de acesso aos meios de produção e de como o trabalho se apresenta como reduto de participação humana na produção e nos produtos sociais. O objetivo do presente capítulo é o de perscrutar as noções sobre o trabalho nas sociedades e como este influi para a construção e desenvolvimento destas. Bem como sobre as ideologias que incidem para justificar a relação entre trabalho, meios de produção, apropriação e sociedade a fim de se desvelar o cenário do trabalho e da sua importância. Para, assim, em capítulo posterior, fundamentar a noção de trabalho como direito humano fundamental, e resgatar a sua importância frente às tentativas de deslegitimá-lo e de declarar a sua morte. E também resgatar a importância da defesa dos direitos trabalhistas em juízo como cerne do conteúdo inalienável da dignidade humana.

1.2. O valor do trabalho no comunismo primitivo

Aponta-se como comunismo primitivo àquelas formações econômico-sociais pré-capitalistas e seus modos de produção e de divisão social do trabalho em que se destacava a propriedade tribal bem como o trabalho coletivo em algum grau. (HOBBSBAWM; MARX, 1985. p. 34; MARX; ENGELS, 1998. p. 12-13).

É a necessidade de trabalho coletivo que explica a propriedade comum da terra (AVELÃS NUNES, 2007. p. 79). A propriedade das terras nos primórdios da história humana não fazia muito sentido, pois, em princípio, o homem era um mero coletor e vivia em constante migração em busca da satisfação de suas necessidades vitais (GIDDENS, 2005, p. 56). No princípio das sociedades primitivas o trabalho estava presente na realidade humana como meio de garantir sua sobrevivência imediata e a divisão social do trabalho era muito rudimentar, baseando-se, quando muito, na divisão entre os sexos (GIDDENS, 2005, p. 55)

civil, o que em suas palavras era “a esfera das necessidades materiais dos indivíduos, a esfera em que os indivíduos cuidam dos interesses particulares. Por conseguinte, o reino das relações econômicas. A sociedade civil é a base de toda história.” (MARX; ENGELS, 2001. p. XXV).

⁴ Não é ambição deste estudo a exaustão da análise dos modos como todas as sociedades se organizavam e produziam, se considerará apenas aquelas sociedades que representem, em linhas gerais, a história que influenciou o trabalho e as sociedades globalizadas de hoje.

(AVELÃS NUNES, 2007. p. 81). O trabalho se dava de forma coletivizada por que todos os membros da tribo tinham de contribuir de forma direta, em uma arcaica divisão de papéis, para o sustento da mesma, já que não havia geração de excedente. Foi a complexificação gradual do trabalho, através de pequenas invenções que o otimizavam, que permitiu a melhor exploração da natureza, aumentando a produção e abolindo a necessidade de que se vivesse nunca constante marcha em busca de coletar da natureza o necessário para a vida (AVELÃS NUNES, 2007. p. 80).

A sedentarização facilitou o controle da natureza para melhor explorá-la, bem como uma divisão do trabalho mais avançada. Foi-se criando condições para que a comunidade produzisse ao ponto não só de satisfazer as necessidades atuais como de gerar excedentes que garantissem suas necessidades em tempos difíceis. Os excedentes possibilitaram o aumento de população que, por sua vez, gerou novas possibilidades de especialização e divisão do trabalho. Esta dinâmica foi responsável pelo o que se chama de “revolução neolítica” (AVELÃS NUNES, 2007. p. 80) que trouxe consigo a agricultura, domesticação e criação de animais e permitiu o surgimento das cidades. É com o neolítico que o ser humano começa a controlar a produção dos seus meios de vida e começa a construir sua própria história.

Só com a necessidade de se fixar que ter um espaço para si foi se tornando importante. Cada tribo começou a utilizar as mesmas terras habitualmente para as suas culturas gerando assim uma posse continuada (AVELÃS NUNES, 2007. p. 82). A propriedade, no entanto, só fazia sentido como lugar a ser trabalhado pela comunidade para o sustento desta. Não havia, dentro das tribos, locais exclusivos para determinados entes, no sentido atual de propriedade privada, de exclusão dos demais e uso e fruição de acordo com a vontade do proprietário. A apropriação, como retirada ou uso da natureza, era apenas um aspecto do trabalho. Nas palavras de MARX, dentro da tribo:

O indivíduo, simplesmente, considera as condições objetivas de trabalho como próprias, como a natureza inorgânica da sua subjetividade, que se realiza através delas. [...] A relação com a terra, como propriedade, nasce da sua ocupação, pacífica ou violenta, pela tribo, pela comunidade em forma mais ou menos primitiva ou já historicamente desenvolvida. O indivíduo, aqui, nunca pode aparecer no completo isolamento do simples trabalhador livre. (MARX; HOBBSBAWM, 1985. p.77-78)

Neste momento não se questionava quanto à natureza do trabalho ou da propriedade, posto que ambos coubessem a todos e compusessem uma realidade muito maior que era a da sobrevivência. O trabalho como realidade em si, tampouco o trabalhador, não eram conceitos

que se possam impingir naqueles seres e sociedade, não havia uma identidade do ser que trabalha, havia sim a da tribo que luta por sobreviver. Mesmo não se podendo falar ali em uma ética do trabalho, muito menos na centralidade desta categoria nas mentes humanas, não se pode descartar a centralidade fática do trabalho para a perpetuação e desenvolvimento daqueles seres e sociedade. Pois ele é o meio através do qual retira da natureza sua subsistência e, não só, é o meio como se expressa a personalidade, através da inventividade e das finalidades que cada um carrega. O trabalho é o único intermediário entre a idealização humana e a sua consecução, acaba sendo também a forma utilizada pelo ser humano para relacionar-se com o mundo e com seus demais.

Ainda no comunismo primitivo, com a crescente complexificação das sociedades, as características da propriedade e do trabalho comunal foram sendo amenizadas. A possibilidade de criação de excedentes fez com que nem todos os seres, se não muitos deles, não precisassem mais produzir alimentos, podendo dedicar-se exclusivamente a outras atividades, como as industriais, belicosas, as artes e as ciências. Assim, não só houve um grande salto inventivo⁵, como uma maior divisão do trabalho (entre agricultura e artesanato), bem como se abriu a possibilidade da exploração do homem pelo homem (AVELÃS NUNES, 2007. p. 82-83). Segundo a teoria marxista, a superação das características do sistema comunal primitivo desembocou no aparecimento de três a quatro outros sistemas: o oriental, o antigo, o germânico, bem como o eslavo, este último tendo sido abandonado posteriormente por Marx em seus estudos (HOBSBAWM; MARX, 1985. p. 34).

1.3. O valor do trabalho no modo de produção escravagista

Mesmo em face da classificação anterior de MARX tripartindo ou quadripartindo os sistemas que surgiram do sistema comunal primitivo. Para o presente trabalho se considera que a análise minuciosa de tais sistemas como realidades separadas não é necessária, posto

⁵ “Foi o período em que se descobriram a roda, a cerâmica, o carros de rodas, o arado com ponta de metal, os barcos à vela, a técnica do fabrico de tijolos (com importantes conseqüências ao nível da construção, tanto para fins civis como para fins religiosos). Com a técnica da irrigação, surgiu, verdadeiramente, a civilização.” (AVELÃS NUNES, 2007. p. 82)

que se possa centralizar as características destes na categoria de modo de produção escravista⁶ o que se mostra mais interessante para o objeto deste estudo que é o trabalho.

O trabalho na Antiguidade baseava-se nas servidões, nitidamente as de natureza escrava (CABANELLAS, p. 55). O modo de produção escravo existiu de várias formas na Antiguidade no Oriente próximo (bem como, mais tarde, na Ásia). Ele surge como forma jurídica impura, dando-se através de servidões por débito ou trabalho penal, “formando simplesmente uma categoria muito baixa num continuum amorfo de dependência e falta de liberdade que se estendia bem a cima na escala social.” (ANDERSON, 1991. p. 21). Quando o uso da escravidão se generaliza, sua natureza se torna absoluta e deixa de ser uma servidão relativa entre muitas para ser uma condição polarizada de perda total de liberdades em contraposição à liberdade sem impedimentos de outros sujeitos (ANDERSON, 1991. p. 23) passando a se conformar na exploração da força de uma mão-de-obra em troca, apenas, de alimentação, apropriando-se o explorador do restante do produto de seu trabalho (AVELÃS NUNES, 2007. p. 84).

No comunismo primitivo, o valor social do trabalho se resumia à manutenção da vida e este era exercido indiscriminadamente devido à necessidade de todos de trabalhar para manter sua existência. Já na Antiguidade, com a evolução da técnica que já permitia a formação de excedente, bem como a exploração do trabalho de outrem para garantir o ócio de alguns, o valor social do trabalho foi completamente mitigado através de um discurso que legitimava a força dos que conseguiam subjugar os demais e explorar o seu excedente. Além de usurpar-lhes o acesso e usufruto da natureza, que representava o grande meio de produção daquela época. Neste momento, percebe-se como o trabalho define claramente status sociais e que o valor dos trabalhadores é medido pela utilidade que se traz àqueles que detêm os meios de produção.

As teses sobre a importância do trabalho na Antiguidade costumam partir dos escritos dos seus filósofos, principalmente os gregos. A partir do discurso destes, formou-se a idéia de que o trabalho tinha um papel secundário nestas sociedades, posto que culturalmente o trabalho fosse desvalorizado. Em linhas gerais, os filósofos Antigos não dedicaram

⁶ “O Mundo Antigo nunca foi contínua ou ubiquamente marcado pela predominância do trabalho escravo. Mas suas grandes épocas *clássicas*, quando floresceu a civilização da Antiguidade – A Grécia, nos séculos V e IV a. C., e Roma, do século II a. C. ao século II d. C. – foram aquelas em que a escravidão era maciça e generalizada, entre outros sistemas de trabalho. o solstício da cultura urbana clássica também sempre testemunhou o zênite da escravidão e o declínio de uma, na Grécia helênica ou na Roma Cristã.” (ANDERSON, 1991. p. 22). Segundo Avelãs Nunes, o modo de produção escravo surgiu nos Vales do Nilo e Eufrates, na Índia e na China e, mais tarde, na civilização grega e romana (NUNES, 2007. p. 84)

nenhuma obra específica ou um estudo mais detalhado sobre o trabalho, este era encontrado de forma reflexa em algumas obras. O livro *Oeconomicus*, de Xenofonte, registra um diálogo entre Sócrates e Critóbulo que reflete bem o pensamento geral grego sobre o trabalho: uma atividade estigmatizada na estima dos gregos, a qual se acusa de arruinar os corpos dos homens e não deixar-lhes tempo para o convívio social e para a *polis* (XENOFONTE *apud* BENSASSOLLI, 2007, p. 121).

Aristóteles radicaliza este entendimento, e dá o tom do pensamento antigo sobre o trabalho, ao defender que há uma divisão natural entre os homens: a dos que nasceram para mandar e os que nasceram para obedecer. E esta divisão desemboca em que aqueles que nasceram para obedecer concentram seu trabalho na subsistência, esses são os seres de condição animalizada, já que não agem com soberania e são apenas guiados por necessidades muito básicas; e os seres que nasceram para mandar, que concentram suas atividades na vida pública. Esta passagem de Aristóteles é ilustrativa:

Algunos seres, desde el momento en que nacen, están destinados, unos a obedecer, otros a mandar; aunque en grados muy diversos en ambos casos. La autoridad se enaltece y se mejora tanto cuanto lo hacen los seres que la ejercen o a quienes ella rige. [...] Esta es también la ley general que debe necesariamente regir entre los hombres. Cuando es un inferior a sus semejantes, tanto como lo son el cuerpo respecto del alma y el bruto respecto del hombre, y tal que es la condición de todos aquellos en quienes el empleo de las fuerzas corporales es el mejor y único partido que puede sacarse de su ser, se es esclavo por naturaleza. Estos hombres, así como los demás seres de que acabamos de hablar, no pueden hacer cosa mejor que someterse a la autoridad de un señor; porque es esclavo por naturaleza el que puede entregarse a otro; y lo que precisamente le obliga a hacerse de outro es el no poder llegar a comprender la razón sino cuando otro se la muestra, pero sin poseerla en sí mismo. Los demás animales no pueden ni aun comprender la razón, y obedecen ciegamente a sus impresiones. Por lo demás, la utilidad de los animales domesticados y la de los esclavos son poco más o menos del mismo género. Unos y otros nos ayudan con el auxilio de sus fuerzas corporales a satisfacer las necesidades de nuestra existencia. La naturaleza misma lo quiere así, puesto que hace los cuerpos de los hombres libres diferentes de los de los esclavos, dando a éstos el vigor necesario para las obras penosas de la sociedad, y haciendo, por lo contrario, a los primeros incapaces de doblar su erguido cuerpo para dedicarse a trabajos duros, y destinándolos solamente a las funciones de la vida civil, repartida para ellos entre las ocupaciones de la guerra y las de la paz. [...] Sea de esto lo que quiera, es evidente que los unos son naturalmente libres y los otros naturalmente esclavos; y que para estos últimos es la esclavitud tan útil como justa. (ARISTÓTELES⁷)

Hannah Arendt afirma que: “[...] a instituição da escravidão na antiguidade não foi uma forma de obter mão-de-obra barata nem instrumento de exploração para fins de lucro, mas sim a tentativa de excluir o labor das condições de vida humana.” (ARENDT, 2007, p.

⁷ Trecho retirado de livro digitalizado cujo endereço eletrônico encontra-se disponível nas referências.

95). A crença de que, no mundo antigo, os valores econômicos eram subordinados aos valores culturais e políticos (BENDASSOLLI, 2007, p. 37) funda-se nestas concepções. Como a concepção de Hannah Arendt, para quem há um “espírito” que embebe a mentalidade dos homens e das sociedades, um espírito como o “espírito do capitalismo” de Max Weber, ou como as concepções de Sombart⁸. Isto é, uma situação cultural para que a história se desenvolva e as categorias e as instituições se expliquem. O objetivo não é o de excluir este entendimento, mas de demonstrar que é um recorte teórico possível que não obsta a análise materialista da história e das sociedades e que fazê-lo seria ocultar uma parte da história importante para a compreensão da condição humana. Neste sentido o próprio WEBER se manifestou: “[...] é claro que não é minha intenção substituir uma interpretação causal da cultura e da história unilateral e espiritualista por uma outra, igualmente unilateral e materialista. Ambas são igualmente possíveis [...]” (WEBER *apud* OUTHWAITE, 1996, p. 282). Esta digressão é válida para que se prossiga com a explanação da centralidade fática do trabalho nas sociedades antigas, mesmo tendo em vista que, culturalmente a noção posta do trabalho causasse aversão.

A idéia que se tinha do ato de trabalhar pode ser identificada através dos substantivos gregos que este ato identifica: *labor*, *poiesis* e *práxis*. O primeiro se identificava com o que se chamaria de trabalho braçal⁹, ao trabalho corporal que se atrelava às necessidades fundamentais de manutenção da vida; o segundo se identificava com as atividades que não eram vinculadas à manutenção da vida, como a arte; o terceiro se dava pelas atividades do homem na comunidade, na *polis*, como cidadão, através da linguagem (RIEZNIK, 2007. p. 15). Estas duas últimas atividades eram vistas em alta conta pelos antigos, pois representavam atividades livres, isto é, atividades exercidas sem o peso da necessidade pela sobrevivência, conforme ilustra ARENDT: “Laborar significa ser escravo da necessidade, escravidão esta inerente às condições da vida humana. Pelo fato de serem sujeitos às necessidades da vida, os homens só podiam conquistar a liberdade subjugando outros que eles, à força, submetiam à necessidade.” (ARENDT, 2007, p. 94)

⁸ Werner Sombart, bebendo da influência de Marx, elaborou sua construção teórica propondo, através de critérios históricos, a distinção entre os vários sistemas sócio-econômicos baseada em três elementos: a) o espírito, o objetivo fundamental da produção; b) a forma, o conjunto de elementos sociais, jurídicos e institucionais que servem de cenário para o desenvolvimento da atividade econômica; c) a substância, isto é, a técnica utilizada. (NUNES, 2007. p. 69)

⁹ Note-se que o labor associava-se tanto com atividades braçais, que a própria arte da escultura, mesmo que não tivesse vínculos com a manutenção da vida, era uma arte secundária na Grécia, posto fosse vista como demasiado braçal. (ARENDT, 2007, p. 92)

Os gregos já tinham a noção do trabalho nas dimensões de garantia de sobrevivência e de afirmação e construção da personalidade. Porém, o trabalho só se media através do parâmetro da liberdade, não da criação de valor. Talvez por isto, dentre as atividades humanas, só o labor era visto de forma negativa, posto carente de valor. Segundo RIEZNIK, no mundo antigo e até o final da Idade Média, havia uma cosmovisão organicista e sexuada da criação do valor e da riqueza:

La riqueza era um don de la tierra, imposible de ser creada o reproducida por la intervención del mismo hombre que, em todo caso, se limitaba a descubrirla, a extraerla y consumirla. [...] Dominaba la creencia de que aquellos materiales que aseguraban al ser humano su reproducción existían apenas como resultado del vínculo mencionado entre la Tierra y las potencias celestes [...] En la unión, entonces, del Cielo y la Tierra debía buscarse el origen de los animales, las plantas, los minerales “paridos” por esta última. (RIEZNIK, 2007. p. 14)

O labor não se apresentava como um fim em si mesmo, como fonte de emancipação ou de ascensão social. Muito pelo contrário, se apresentava como um mal necessário que deveria ser impingido àqueles considerados menos capazes de se autogovernar, ou menos capazes para participarem dos assuntos da comunidade ou de ser cidadão. O trabalho mesmo que não fosse um fim em si, era essencial ao alcance das finalidades dos antigos.

Mesmo em face da aversão à necessidade do trabalho, se a finalidade do homem livre era o cultivo da mente, as atividades contemplativas ou o ócio¹⁰ (BENDASSOLLI, 2007, p. 41) estas assim só eram possíveis porque o trabalho escravo garantia um excedente produtivo que sustentava o não trabalho de alguns seres humanos que se apropriavam dos seus frutos. A antiguidade pode ter querido extirpar o labor das condições de vida humana, como bem disse Hannah Arendt (ARENDT, 2007, p. 95), mas como não era possível, por depender dos frutos do trabalho para seu sustento. Então criou um artifício literalmente desumano, que foi o de retirar pela via da cultura e do discurso a humanidade daqueles seres que não tinham condições de se apropriar do excedente produtivo alheio (nem mesmo do seu próprio). A tese da não centralidade do trabalho pode ser muito bem aceita quando tomado o ponto de vista

¹⁰ O próprio MARX afirmou a não centralidade da economia (e conseqüentemente do trabalho) nas mentes e cultura dos antigos, conforme se denota do excerto: “Entre os antigos não encontramos uma única investigação a propósito de qual a forma de propriedade, etc, que seria a mais produtiva, que geraria o máximo de riqueza. A riqueza não constituía o objetivo da produção, embora Catão pudesse ter investigado os mais lucrativos métodos de cultivou ou Brutus pudesse, até, ter emprestado dinheiro à taxa mais favorável de juros. A pesquisa, sempre, era sobre qual tipo de propriedade que geraria os melhores cidadãos. A riqueza como um fim em si, surgiu somente entre uns poucos povos comerciantes – monopolizadores do comércio e do transporte que viveram nas franjas do mundo antigo, como os judeus na sociedade medieval.” (HOBBSAWM; MARX, 1985, p. 80). Este reconhecimento, porém, não exclui a análise da grande importância do trabalho para o status daquelas sociedades e das suas mudanças.

cultural das sociedades, mas padece de graves inconsistências ao perscrutarem-se as bases materiais daquelas sociedades.

Foi a exploração do trabalho escravo que tornou possível a construção de diques e canais de irrigação, a exploração de minas, a abertura de estradas, a construção de pontes, cidades e fortificações que tornou possível a produção de excedentes e acumulação de riquezas (AVELÃS NUNES, 2007. p. 84), bem como permitiu a vida contemplativa de determinados seres que desenvolveram a filosofia, as ciências e as artes ou permitiu a vida militar para a expansão daqueles impérios. A importância do trabalho também se nota nas próprias transformações das sociedades antigas desembocadas não só pela maior necessidade de acúmulo de riquezas.

A explicação para que a antiguidade greco-romana fosse um universo urbano em que se viu um nível alto de sofisticação cultural ou militar, sem que houvesse nenhuma economia urbana era a existência de uma economia rural, baseada no trabalho escravo que lhe dava suporte, como afirma ANDERSON:

As cidades greco-romanas nunca foram predominantemente comunidades de artífices, mercadores ou negociantes: elas eram, em sua origem e princípio, conglomerados urbanos de proprietários de terras. Cada agrupamento municipal, fosse da democrática Atenas, da Esparta oligárquica ou da Roma senatorial, era essencialmente dominado por proprietários agrários. Sua renda provinha do milho, do azeite e do vinho – os três grandes produtos básicos do Mundo antigo, vindos de terras e fazendas fora do perímetro físico da própria cidade. Dentro dela, as manufaturas permaneciam poucas e rudimentares: o gênero das mercadorias urbanas normais nunca ia muito além dos têxteis, cerâmica, mobília e os utensílios de vidro. A técnica era simples, a demanda limitada e o transporte era exorbitantemente custoso. (ANDERSON, 1991, p. 19)

O mundo antigo vivia uma contradição: a contradição entre um enorme desenvolvimento supra-estrutural e o arcaísmo da sua infra-estrutura. É essa infra-estrutura arcaica que tornou o trabalho escravo cada vez mais importante para a manutenção daquele mundo, fazendo com que neste residisse também as condições da sua superação. A despreocupação com o trabalho e os instrumentos de produção (incluindo-se aí o homem, de acordo com aquela mentalidade) e a pouca preocupação de desenvolvimento de técnicas para economizar trabalho resultara em pouca produtividade e a via típica de expansão foi a conquista geográfica e de povos. O saque, o tributo e a captação de mais e mais escravos através das conquistas eram os responsáveis pela expansão do poder e economia na Antiguidade. (ANDERSON, 1991, p. 26- 28. AVELÃS NUNES, 2007. p. 84-85)

A situação de conquistas sem limites que depauperava os plebeus, a submissão de grandes quantidades de pessoas à escravidão, bem como a manutenção de um pesado corpo administrativo nos vastos impérios que pressionava a pouca produtividade do modo de produção feudal, fazendo com que se necessitasse de mais conquistas e gerando um ciclo vicioso, fez com que houvesse vários conflitos e revoltas, tanto surgidas entre os escravos, a exemplo da revolta de Espártaco (73-71 a.C.), como surgidas no seio da classe dos homens livres: entre patrícios e plebe; entre latifundiários e comerciantes; entre coletores de impostos e agricultores arruinados. (AVELÃS NUNES, 2007, p. 85). Todos esses fatores contribuíram para o enfraquecimento interno do modelo de sociedade antiga, bem como para o escravismo.

Por mais que o presente estudo explore mais o viés materialista, devido ao seu corte temático relativo ao trabalho e a sua centralidade material em várias épocas, considera-se também a importância do cristianismo para o enfraquecimento das civilizações antigas, bem como do modo-de-produção escravista. Os cristãos ofereciam a liberdade como possibilidade de redenção eterna àqueles que vieram de uma história de escravidão e que estavam completamente dissociados da liberdade cívica (PATTERSON, 1993, p. 465) e o cristianismo ganhou ampla difusão e, inclusive, fora institucionalizado no próprio seio do Império Romano¹¹.

O cristianismo como elemento cultural não eclipsa a importância da crise do trabalho escravo para a transição da Antiguidade para a Idade Média. Anderson aponta que: “Ao contrário da economia feudal que o seguiu, o modo de produção escravo da Antiguidade não tinha um mecanismo interno natural de auto-reprodução, porque sua força de trabalho nunca poderia ser uniformemente estabilizada dentro do sistema.” (ANDERSON, 1991, p. 73). A exploração fácil e despreocupada do trabalho escravo nunca resultou em uma preocupação da sua qualidade e produtividade, bem como com a manutenção da própria força do ser escravizado e a grande demanda de escravos dependia muito das conquistas estrangeiras. Ocorre que já se havia saqueado todo o Mediterrâneo em busca de escravos e a fonte estava se esgotando. O que causou uma elevação dos preços, e cada escravo representava um investimento perecível para seu proprietário que era perdido com sua morte. De modo que a renovação do trabalho escravo, ao contrário do assalariado, requeria desembolso. (ANDERSON, 1991, p. 74) Esta situação expôs as contradições e os riscos do trabalho

¹¹ Não haverá aprofundamento do tema neste estudo, posto que extrapole o seu recorte teórico.

escravo. Fazendo com que se diga que foi no campo que se originou a crise final da Antiguidade.

Os limites do modo de produção escravo tornavam-no cada vez mais incômodo e evitado e foi sendo convertido pelos proprietários pelas servidões. O alto preço dos escravos retraiu a sua demanda e mostrou aos proprietários um sistema mais atrativo: “Daí em diante os proprietários passaram a deixar de se ocupar diretamente da manutenção dos seus escravos, estabelecendo-os em pequenos lotes de terra, a fim de que cuidassem uns dos outros, deixando que recolhessem o excesso de produção.” (ANDERSON, 1991, p. 90)

Além do enfraquecimento interno das sociedades antigas, a invasão dos povos germânicos acentuou e acelerou as mudanças naquelas sociedades. Por terem um sistema comunal de terra mais acentuado, à medida que estes povos invadiam o império romano, constituíam comunidades de aldeia e as terras eram periodicamente repartidas entre os habitantes. A apropriação dos chefes bárbaros de grandes domínios dos vencidos originou uma nova aristocracia fundiária que trouxe para sua proteção e domínio os camponeses livres, ameaçados pela constante atmosfera belicosa, transformando-se em servos. Começou-se, assim, a delinearem-se as características da Idade Média. (AVELÃS NUNES, 2007, p. 86)

1.4. O valor do trabalho no modo de produção feudal

A Idade Média foi responsável por uma importante mudança na condição do trabalho e do trabalhador. Não só por apresentar uma nova valoração a estes, como por inaugurar uma nova forma de relacionamento entre o homem que trabalha e o que se apropria do seu excedente, bem como daquele com a sociedade como um todo.

Foi na transição da Antiguidade para o Medievo que as contradições e insustentabilidade do modo de produção, que se baseia na total submissão do trabalhador, foram descobertas. Como se buscou demonstrar no tópico anterior, descobriu-se que o trabalho tinha grande importância na produção, na geração de valores e no andar da economia e que a exploração animalizada do ser que trabalha até seu esgotamento não era tão lucrativa, tampouco autossustentável. Descobriu-se a vantagem de se permitir um mínimo de “autonomia” a quem trabalha, obviamente sob meios de vigilância social. A permissão de

alguma “autonomia” ao trabalhador carregava em si as vantagens de que este se encarregaria da forma e da otimização do seu labor e teria interesse para tal já que melhoraria o modo e os resultados do trabalho que beneficiariam seu corpo e sua produção, mesmo que minimamente, bem como a vantagem de que os donos dos meios de produção teriam menos responsabilidades para com aqueles (como com suas condições de vida e morte) e não se submeteria aos custos da guerra ou a intermediários, a um comércio de gente, retirando mão-de-obra gratuitamente da massa de pessoas que precisam trabalhar, sem nenhum gasto inicial, nem perdas finais com sua morte. Foi desta forma que os escravos foram substituídos em importância pelos servos.¹² Note-se, porém que o reconhecimento de maior dignidade ao trabalho, bem como daquele que trabalha se dá sob as circunstâncias da descoberta da não viabilidade do trabalho escravo, através das contradições internas do modo do modo de produção que neste se baseava.

Pode-se perguntar se realmente há diferenças entre os escravos e servos. A diferença entre estes não era tão nítida, havendo quem sustente que a escravidão é um tipo de servidão ou vice e versa. No latim, a palavra “servo” significava escravo, porém, havia sim algumas diferenças entre uns e outros, apesar de que estas também fossem dificultadas pela existência de vários graus de servidão. Há, porém, alguns pontos fundamentais que caracterizam os variados graus de servidão que podem servir de distinção com a escravidão: os camponeses eram mais ou menos dependentes; sua relação de dependência se dava para com a terra e através do seu título de posse¹³ havia uma série de obrigações consuetudinárias entre servos e senhores que era o que realmente os mantinham ligados. (HUBERMAN, 1974, p. 11-12)

Estes direitos e deveres da servidão consistiam basicamente em que os servos trabalhassem nos lotes¹⁴ reservados ao senhor e que pagasse alguns tributos sob as terras que

¹² Diz-se em importância já que na Antiguidade já existia trabalho livre e certas formas de servidão, bem como houve ainda na Idade Média escravidão, porém a base da economia e a principal forma de trabalho em cada época foi da escravidão naquela e a servidão nesta.

¹³ O título de posse dos servos na verdade eram mais no sentido de que a terra era que possuía o servo do que o servo que possuía a terra, Conforme HUBERMAN: “[...] se o servo não poderia ser vendido sem a terra, tampouco poderia deixá-la. [...] Se o servo tentava fugir e era capturado, podia ser punido severamente- mas não havia dúvida de que tinha de voltar. Nos anais do Tribunal do Feudo de Bradford, para o período de 1349-1358, há o seguinte sumário: “Ficou provado que Alice, filha de Willinam Chidyong, serva do senhor, reside em York; por conseguinte que seja levada [presa]. Além disso, como o senhor não queria perder qualquer de seus trabalhadores, havia regras estipulando que os servos ou seus filhos não poderiam casar-se fora dos domínios, exceto com permissão especial. Quando um servo morria, seu herdeiro direto podia herdar o arrendamento, em pagamento de uma taxa”. (HUBERMAN, 1974, p. 12)

¹⁴ As terras na Idade Média eram divididas em três partes: a) terras reservadas ao senhor: em que se pagava a corvêia que era uma espécie de imposto que consistia em ofertar certos dias de trabalho nas terras do senhor; c) concessões aos camponeses: que eram terras reservadas aos servos para a satisfação das suas próprias

lhes eram concedidas para uso próprio; já os senhores deveriam ceder estas terras para os servos e os proteger das ameaças externas. Note-se que, mesmo já havendo um princípio de autonomia que começa a evoluir para a noção atual de trabalho, não se pode afirmar que haja uma alienação do servo dos seus meios de produção. Na medida em que, por exemplo, os proprietários não poderiam expulsar seus servos das terras que tinham o título de posse e ainda havia as terras comunais (AVELÂS NUNES, 2007. p. 88-89). De certa forma, a posse dos meios materiais para a existência do servo era garantida, mesmo que esta estivesse condicionada à super exploração dos senhores¹⁵.

Obviamente, esta série de deveres e obrigações entre senhor e servo era bastante desproporcional. Fazendo com que houvesse pouca diferença, a nossos olhos, entre este e o escravo. Porém, não se pode dizer que o servo era visto exatamente como uma besta ou uma coisa, e aí há de se reconhecer a influência cristã para a ideologia daquela época. Conforme PATERSON, o servo “se caracterizaba por los dos atributos propios del esclavo, la degradación y la impotencia” (PATTERSON, 1993, p. 484). Todavia, o modo como este se via, como era visto e como se justificava a sua sujeição era inteiramente diverso. O cristianismo trouxe a crença de que, por mais escravizado e submisso, todos os seres humanos eram livres em Deus. Construiu-se um espírito de fraternidade entre senhor e servo, fazendo com que este não fosse desprezado como o escravo, eles “eran ‘hermanos en cristo’, gozaban juntos de una franquicia en el mundo real, tal como Cristo se las había concedido en el mundo espiritual;” (PATTERSON, 1993, p. 479). Ainda se podia dizer que o servo era um membro da comunidade e tinha direitos natais aos quais os senhores estavam dispostos a respeitar, porém não tinha poder sobre a sua pessoa já que era possuído por outra, tanto que poderia ser vendido. (PATTERSON, 1993, p. 482)

A razão desta situação de quase autonomia e a justificação destes deveres e obrigações desiguais se davam por que, no fim da Antiguidade e na Idade Média, havia um constante clima de conflito¹⁶, guerra e insegurança. E havia a necessidade, mesmo que baseada em uma insegurança em potencial, até mesmo fictícia, de proteção, de acolhimento,

necessidades; d) terras comunais: utilizadas livremente por todos, que consistia basicamente num espaço para a extração de lenha, caça ou para pastagens. (NUNES, 2007. p. 88)

¹⁵ A super exploração não era apenas material, mas abrangia proibições de trânsito, de desvincular-se da terra, de casamento, dentre outras. (HUBERMAN, 1974, p. 12)

¹⁶ Este clima de constante de insegurança se deu com os conflitos do fim da Antiguidade, não só pelas conquistas romanas e as invasões bárbaras, bem como pela dissolução de um poder centralizado com a queda do Império Romano e a situação de poder pulverizado característica da Idade Média. A permanência desta tensão no Medievo ainda se justifica porque naquele período a terra era a fonte de quase toda necessidade, mercadoria e fortuna e esta era disputada continuamente já que não havia um poder central.

de pertinência. Um ser humano sem senhor e sem terra era um sem lugar, não se ligava a nada, nem a nenhuma regra, já que cada feudo tinha as suas, estava completamente desamparado. Esta situação coincide com a leitura de BAUMAN de que o controle e a ordem social era a regra dos senhores feudais ou das corporações locais ou ocupacionais e que se confiava sem saber e pensar nestes métodos e meios para seguir o seu modo de vida. A independência gerava ansiedade, Bauman sustenta que “a condição de não ter dono deve ter sido, sem dúvida, alarmante: em primeiro lugar por causa da dificuldade de controlá-la e, em segundo, por que apresentava a ordem social como algo que deve ser conscientemente cuidado e que não se conserva por si própria” (BAUMAN, 1989, p. 55). Este sentimento de insegurança e essa necessidade de proteção eram tanto que, muitas vezes, se uma pessoa livre se via arruinada, se oferecia a algum senhor como servo (HUBERMAN, 1974, p. 10)

A noção sobre o trabalho e o trabalhador era também marcada pela filosofia da Igreja Católica. Em relação à Antiguidade, a Igreja legou ao Medievo uma concepção bem mais favorável ao trabalho. Reconhece-se dignidade ao trabalho ao admitir-lhe sua utilidade. São Tomás de Aquino, por exemplo, concebeu que na sociedade há uma troca mútua de serviços em benefício de uma boa vida e que assim, cada profissão ou função teria parcela importante para o bem comum (BENDASSOLLI, 2007, p. 46-47). Já Santo Agostinho eleva o trabalho como uma participação humana no trabalho de Deus sobre o mundo, o trabalho era uma co-criação em que o homem poderia refletir e perceber a ação divina, dividindo-se a providência em natural, quando se dá a ação secreta de Deus e a providência voluntária, isto é, a co-criação através da vontade do homem em trabalhar (BENDASSOLLI, 2007, p. 44-45).

Mesmo com uma perspectiva mais positiva sobre o trabalho, não se pode dizer que havia uma ética consolidada do homem que trabalha e que o trabalho alcançava um papel central naquela mentalidade e cultura. O trabalho não era considerado um bem em si mesmo, seu caráter instrumental era acentuado quando se percebia mais a necessidade do alcance dos meios materiais de vida do que o conceito abstrato de trabalho (BENDASSOLLI, 2007, p. 48). A preocupação cultural naquela sociedade era mais com a busca da salvação, já que esta era a fonte da verdadeira liberdade. Esta mentalidade traz ao trabalho a sensação de suficiência, reconhecia-se a importância do trabalho para as exigências naturais do corpo, mas até o ponto em que fosse suficiente para saciá-las, devendo as energias dos humanos se voltar a Deus (BENDASSOLI, 2007, p. 44). Marx captou esta concepção sobre o trabalho medieval, a seu modo, quando notou que, como aponta Giddens, o objetivo dos senhores feudais não era o de tirar a maior lucratividade possível das suas posses e do trabalho daqueles que lhes eram

subordinados, mas sim do consumo do excedente (GIDDENS, 2005, p. 63). Note-se que, mesmo havendo a preocupação cultural de salvação e não havendo uma mentalidade de reprodução de lucro pelo lucro, havia também uma preocupação mundana entre os senhores de garantia de seus domínios e da colheita de excedente da produção dos seus servos para a manutenção do seu luxo e de todo o aparato que o garantia.

O fato de não haver essa mentalidade de exploração do trabalho para a obtenção de lucro e de que não havia uma autoconsciência do ser humano como trabalhador, não exclui a importância do trabalho para a formação da identidade humana, tampouco para a definição das características da sociedade. Mesmo que não houvesse naquela época o sentido de obtenção de lucro, a exploração do trabalho servil era peça chave para a manutenção do sistema feudal. Note-se que foram as contradições do trabalho escravo as geradoras da necessidade de maior autonomia para o trabalhador e que assim gerou, paulatinamente, a figura das servidões. A qual, combinada com outros fatores, foi responsável pela superação do modo de produção escravagista. A passagem do feudalismo para o capitalismo não será diferente.

Várias foram as dificuldades que confluíram para a transição do feudalismo para o capitalismo. Avelãs Nunes aponta como a principal causa a sua ineficiência como modo de produção diante das necessidades crescentes de rendimentos dos senhores e de todo o aparato que crescia à sua volta para manter seu status. Essa ineficiência se dava por várias razões: pela baixa produtividade e as condições miseráveis de vida dos camponeses, que acabava por tornar-se um ciclo vicioso já que a baixa produtividade fazia com que os senhores exigissem cada vez mais dos camponeses para aumentar seu sobreproduto, e maiores exigências pioravam os níveis de vida destes que já eram quase intoleráveis. Somados a isto, as guerras, pilhagens e banditismo arruinavam ainda mais não só a qualidade de vida camponesa, bem como hes ceifava muitas vidas e, por outro lado, estas mesmas exigiam maiores dispêndio dos senhores que os repassavam aos campônios. Ainda pode-se apontar o advento das Cruzadas que exigia grandes investimentos e desviava muita gente do trabalho, bem como o crescimento da cavalaria e o aumento de despesas com esta classe que não produzia, mas tinha que ser sustentada pelo excedente camponês. (AVELÃS NUNES, 2007. p. 94-95)

O apontado cenário de insustentabilidade chega ao seu limite com o advento da peste negra, que dizimou cerca de um terço da população europeia. E o que já era ruim tornou-se desesperador. Esse desespero superou qualquer necessidade de segurança que se aparentasse

ter dentro dos feudos, porque de fato já não havia a própria segurança alimentar. Deu-se, então, uma massiva imigração ilegal das terras senhoriais, resultando num colapso da produção e economia. (AVELÃS NUNES, 2007. p. 95)

Aponta-se ainda, como causa da passagem do feudalismo para o capitalismo a expansão dos comércios e o desenvolvimento das cidades¹⁷. Este desenvolvimento influencia a fuga dos servos dos feudos, por abrir uma nova alternativa de espaço para ser e estar na sociedade, diferente, inclusive, quanto à qualidade de vida e, sobretudo, quanto à liberdade. Esta nova possibilidade de espaço gerava uma nova e atraente possibilidade de vida que se concretizava na necessidade dos burgueses de trabalhadores e soldados e se alimentava pelo conhecimento de novos produtos com as cruzadas e, conseqüentemente, com a geração de novas necessidades de consumo (AVELÃS NUNES, 2007, p. 96)

O modo de produção feudal, que mesmo com o advento das corporações de ofício, era baseado no trabalho servil e agrícola visando basicamente o próprio consumo não pôde resistir à diminuição tremenda do número de trabalhadores servis. Com a baixa de trabalhadores, os servos tinham consciência da sua nova importância e subiam as suas exigências para trabalhar no campo¹⁸ ou fugiam para as cidades em busca de liberdade e melhores condições de vida ou buscavam explorar as terras inóspitas, comunais, e fixar ali sua cultura¹⁹. Uma nova forma de produção era necessária para garantir uma exploração de terra e

¹⁷ HUBERMAN aponta como um dos motivos da expansão do comércio e das cidades as Cruzadas: “Dezenas de milhares de europeus atravessaram o continente por terra e mar para arrebataram a Terra Prometida aos muçulmanos. Necessitavam de provisões durante todo o caminho e os mercadores os acompanhavam a fim de fornecer-lhes o de que precisassem. Os cruzados que regressavam de suas jornadas ao Ocidente traziam com eles o gosto pelas comidas e roupas requintadas que tinham visto e experimentado. Sua procura criou um mercado para esses produtos. Além disso, registrou-se um acentuado aumento na população, depois do século X, e esses novos habitantes necessitavam de mercadorias. Parte dessa população não tinha terras e viu nas Cruzadas uma oportunidade de melhorar sua posição na vida. Frequentemente, as guerras fronteiriças contra os muçulmanos, no Mediterrâneo, e contra as tribos da Europa oriental eram dignificadas pelo nome de Cruzadas quando, na realidade, constituíam guerras de pilhagem e por terras. A Igreja envolveu essas expedições de saque num manto de respeitabilidade, fazendo-as aparecer como se fossem guerras com o propósito de difundir o Evangelho ou exterminar pagãos, ou ainda defender a Terra Santa.” (HUBERMAN, 1974, p. 22)

¹⁸ “Com a morte de tanta gente, era evidente que maior valor seria atribuído aos serviços dos que continuavam vivos. Trabalhadores podiam pedir e receber mais pelo seu trabalho. A terra continuava ainda intocada pelo flagelo — mas tinha valor apenas em relação à produtividade, e o fator essencial para torná-la produtiva era o trabalho. Como a oferta de trabalho se reduzia, a procura relativa dele aumentava. O trabalho do camponês valia mais do que nunca — e ele sabia disso.” (HUBERMAN, 1974, p. 54)

¹⁹ A Europa na Idade Média ainda era uma terra não delimitada. Havia ainda muitas fronteiras a ser exploradas, muita terra que era considerada comunal, inóspitas para as culturas, que consistiam em bosques e pântanos. Em face da conjuntura de valorização do trabalho camponês, de crise e de fuga, muitos servos se lançaram a trabalhar estas terras inóspitas ao troco de trabalhar para si próprios. Em contrapartida, o fato de haver ímpeto de produção agrícola em um momento de crise de alimentos, era visto como vantagem para a sociedade. Nesse sentido o trecho de uma canção pastoral de 1106, do Bispo de Hamburgo, citado por HUBERMAN é ilustrativo: “1. Desejamos tornar conhecido de todos o acordo que certas pessoas, residindo deste lado do Reino e que são chamados de holandeses, celebraram conosco. —2. Esses homens nos procuraram e ansiosamente imploraram

produção de gêneros eficiente, bem como atender a nova demanda de produtos manufaturados e de luxo. O trabalho servil não era mais suportado pelos camponeses tampouco dava vias de solução para a exploração da terra, posto que apresentasse baixa produtividade. O trabalho assalariado parecia como uma melhor solução para o camponês que se via livre e aumentava seu preço e de certa forma para os proprietários de terra com o aumento da produtividade (AVELÃS NUNES, 2007, p. 99). “Dialeticamente, a emancipação dos servos foi também, em certo sentido, a emancipação dos proprietários da terra, que não tinham de respeitar o direito dos servos a permanecer em suas terras e a nelas prover à sua subsistência.” (AVELÃS NUNES, 2007, p. 99)

A transição do Medievo para a Modernidade será estudada detalhadamente em tópico posterior e é um marco essencial para que se entenda a conformação da idéia de trabalho e de trabalhador²⁰ modernos. Tal como para que se afirme, discuta e critique as bases do mercado de trabalho, da liberdade e autonomia do trabalhador, da sua identidade, de seus direitos e de suas reivindicações históricas. Por mais que não se possa afirmar que na Idade Média já havia uma identidade e um conceito nítido sobre o trabalho e o trabalhador, tampouco se pode negar que estes foram categorias chaves para esta época.

O papel central que o trabalho desempenha na transição da Idade Média para a Modernidade explicita o quão fulcral o trabalho também o era no Medievo, mesmo que não se pudesse vislumbrar sua centralidade na consciência e no discurso daquela época. Tratar o trabalho como um incidente histórico que só alcançou importância efetiva em um período da humanidade (a Modernidade) para que se legitimasse uma determinada ética que validasse determinado tipo de engrenagem econômica parece ser uma análise equivocada, ou oitocentista, como coloca Pistori (PISTORI, 2007, p. 109). As questões entre aqueles que produzem, os meios de produção, aqueles que os controlam e exploram e os que consomem

que lhes concedêssemos certas terras em nossa diocese, que estão inaproveitadas, pantanosas e inúteis para nosso povo. Consultamos nossos súditos e considerando que isso seria bom para nós e nossos sucessores, concedemos o que nos era pedido. —3. Fez-se um acordo pelo qual eles nos pagarão anualmente um dinar para cada jeira de terra Também lhes concedemos o uso dos cursos de água que correm nessa terra. —4. Concordam em pagar o dízimo de acordo com nosso decreto. Ou seja, cada décimo-primeiro feixe de cereal, cada décima ovelha, cada décimo porco, cada décimo cabrito, cada décimo ganso e um décimo de seu mel e linho... —5. Prometeram obedecer-me em todas as questões eclesiásticas... —6. Concordam em pagar todo ano dois marcos para 100 jeiras pelo privilégio de manter tribunais próprios pa- ra a solução de todas as suas questões sobre assuntos seculares.” (HUBERMAN, 1974, p. 48)

²⁰ O presente texto, quando emprega a palavra trabalhador, refere-se a um conceito amplo, inspirado na idéia de Áurea Baroni Cecato de que o trabalhador não é apenas aquele que está empregado (CECATO, 2007, p. 351). O conceito aqui trabalhado abarca não só aquele que está efetivamente laborando em alguma atividade em que não detém os meios de produção, bem como aqueles que não o estão em face do desemprego, da invalidez ou da aposentadoria, podendo-se estender, ainda, àquelas pessoas que dependam diretamente destas para a sua subsistência.

aparecem de forma universal e atemporal. Retirar a importância do trabalho é usurpar os meios para uma análise e crítica mais contundente sobre a condição dos seres humanos em se afirmarem neste planeta, de modificá-lo e sobreviver. A análise do trabalho não pode ser restrita à Modernidade, é no passado que se encontram as sua essência, suas bases e porquês.

O valor social do trabalho no Medieval não se restringia apenas ao meio para a obtenção de objetos para uso. A forma como o trabalho se organizava moldou toda uma estrutura social, com suas classes, direitos e deveres definidos; moldou o perfil da propriedade e da produção, bem como a condição daqueles seres humanos que dependiam principalmente da força do seu corpo e mente para sobreviver.

1.5. O valor do trabalho para o capitalismo

Apesar de que Modernidade e capitalismo não sejam termos sinônimos, o advento de ambos se dá em fase de quase concomitância e ambos se influenciam ao ponto de serem facetas de uma realidade indissociável. Várias teses encampam que o trabalho é uma construção moderna²¹. Não há quem discorde da centralidade do valor do trabalho na Modernidade, porém, tampouco se pode falar que o trabalho é uma invenção da Modernidade, já que este sempre desempenhou papel de relevância, mesmo que velada, nas sociedades pré-modernas. Cabe aqui o entendimento de RIEZNIK:

La sustancia antropológica del trabajo no violenta su carácter esencialmente histórico que se manifiesta en el hecho de que el trabajo - como lo conocemos hoy - no existía en el pasado, y que debemos reconocerlo aun allí donde “no existía”. Precisamente porque existe ahora, debemos advertirlo a partir de su “no existencia”, es decir, de su carácter tan embrionario, pleno de precariedad natural y de naturalidad no humana. El descubrimiento es solo posible a posteriori, del mismo modo como es el organismo desarrollado el que permite explicar el menos desarrollado y como – según la conocida tesis - es la anatomía del hombre la que permite entender la del mono. El trabajo moderno permite, entonces, entender el trabajo pasado, iluminar la circunstancia histórica precedente no podía ser delimitado ni pensado. (RIEZNIK, 2007, p. 18)

Não só a concepção moderna de trabalho permite que se reconheça o trabalho pré-moderno, como, ainda mais, este trabalho permite entender a natureza e os motivos desta

²¹ Neste sentido pode-se encontrar os trabalhos de Hannah Arendt, Zygmunt Bauman, Jürgen Habermas, dentre outros.

categoria na Modernidade. As feições modernas de trabalho são resultado da mutação desta categoria em conjunturas históricas bastante diversas. Como visto no tópico anterior, o trabalho servil - como embrião da idéia de permissão de alguma autonomia para o trabalhador visando menores responsabilidades e perdas para com este - e suas transformações foi base para a concepção do trabalho moderno.

Uma maior autonomia para os servos resultou, em realidade, na separação dos trabalhadores dos meios de produção. Os servos agora tinham o direito de deixar as terras senhoriais, trabalhar para quem quisessem, como e a que preço quisessem. Porém, não tinham mais o direito de permanecer em terra alguma²². O caso emblemático inglês da política dos cercamentos ou dos “*enclosures*” foi o golpe final para a que a separação dos trabalhadores dos meios de produção se desse. Baseado nas lições de Marx, GIDDENS explicita esta situação:

A transformação dos camponeses independentes em trabalhadores assalariados começou na Inglaterra nos fins do século XV. Por essa época as grandes guerras feudais tinham minados os recursos da nobreza. Quando a aristocracia empobrecida começa a despedir seus dependentes, surge no mercado a primeira “massa de proletariados livres”; a decadência da aristocracia feudal é por sua vez acelerada pelo fortalecimento progressivo da monarquia. A aristocracia rural é assim progressivamente arrastada para uma economia de troca. O resultado desses fenômenos é o movimento de “*enclosure*” (vedação das terras), encorajado ainda pela subida de preço da lã inglesa, conseqüências do desenvolvimento da indústria de lanifícios de Flandres. “Desafiando abertamente o rei e o Parlamento”, os senhores feudais expulsaram à força das suas terras grande números de camponeses aí estabelecidos. As terras de cultivo foram convertidas em pastagens, exigindo apenas o trabalho de um pequeno número de pastores. O processo de expropriação recebe no século XVI “novo e assustador impulso”, por ocasião da Reforma; as vastas terras da Igreja são doadas a favoritos reais ou vendidas a baixo preço e especuladores que expulsam os rendeiros hereditários e constituem a partir dos seus vários feudos grandes unidades territoriais. Os camponeses expropriados são “transformados *em masse* em pedintes e vagabundos, em parte por inclinação, em parte devido à força das circunstâncias”. É então promulgada uma legislação severa de repressão à vagabundagem, que submete a população de vagabundos à disciplina necessária ao sistema do trabalho assalariado” (GIDDENS, 2005, p. 65)

Os cercamentos, bem como outras medidas parecidas no mundo, visando desvincular os trabalhadores definitivamente dos seus meios de produção, tiveram extrema importância na transição para o capitalismo. À propriedade agora não mais cabia qualquer vínculo ou

²² Na conjuntura de crise do feudalismo esta situação foi positiva para o servo, no sentido de que havia grande demanda por trabalho e assim os trabalhadores poderiam tirar vantagens da sua valorização. Ocorre que a separação dos meios de produção se apresenta como um caminho que (até hoje) não tem volta. Em situação de grande excedente de trabalhadores e pouca demandas de mão de obra, os trabalhadores se encontram completamente desamparados pois não possuem mais nenhum vínculo com os meio para produzir e subsistir, ficando apenas com uma liberdade vazia, posto que não tenha campo de exercício.

responsabilidade ou entrave com aquele que lhe tornava produtiva, tampouco com a sociedade. A propriedade estava livre, não era mais um feixe de relações complexas, de direitos e interesses dos proprietários e, também, dos não-proprietários. A propriedade se tornara apenas um objeto do *ius utendi e abutendi* de quem as tinha (GODOY, 2009, p. 4). Esta desvinculação da propriedade à sua função produtiva e social, esta simplificação deste feixe de relações que lhe eram inerentes, foi responsável por conferir-lhe livre circulação, para colocá-la no comércio (RODOTÀ, 1971, p. 337).

A desfuncionalização da propriedade fez surgir não só a concepção universalizada de liberdade, como também lançou os homens no mundo à sua própria sorte, pois não mais estavam vinculados aos meios de produção necessários à garantia do seu sustento. Os bens não tinham mais função de uso, mas sim a função que seu proprietário queria revestir através de sua autonomia (BAUMAN, 1989, p. 73). . Neste sentido explicita Hanah Arendt a visão capitalista dos bens, com base no pensamento de Karl Marx:

Ele critica a lei contra roubos não só porque a oposição formal entre proprietário e ladrão leva em conta as “necessidades humanas” – o fato de que o ladrão que usa a lenha precisa dela com mais urgência que o dono que a vende – e, portanto, desumaniza os homens equacionando o usuário e o vendedor da lenha como donos da lenha, mas também porque a própria natureza da lenha é eliminada. Uma lei que considera os homens somente como donos e proprietários considera as coisas somente como propriedades, e as propriedades somente como objetos de troca, e não como objetos de uso. (ARENDR, 2007, p. 266)

Os cercamentos foram grande demonstração desta mudança de paradigma. A função dos bens - que antes se vinculavam à obviade de seu uso e ao direito de que tanto os servos tinham de trabalhá-los e dá-lhes função social, e dos proprietários em explorá-los através do trabalho alheio - foi esvaziada. Consistindo a propriedade apenas como um reduto do bel prazer do seu dono. Este ambiente de pretensa liberdade, no qual a burguesia ascendente vinha demonstrando não ser mais os títulos ou o nome a base da riqueza, mas sim a iniciativa pessoal através do trabalho gerou uma nova tese. A de que, a partir da acumulação primitiva de capital (que serviu de base para o capitalismo), foi legado a todos o direito de enriquecer. MARX critica e explica esta concepção:

[...] esta acumulação original desempenha na economia política aproximadamente o mesmo papel que o pecado original na teologia [...] Num tempo remoto, havia, de um lado, uma elite diligente, inteligente e, sobretudo, frugal, e do outro, uma escumalha preguiçosa, que dissipava tudo o que tinha e mais [...] E deste pecado original datam a pobreza da grande massa, a qual continua, a despeito de todo trabalho, a não ter para vender a não ser a si própria, e a riqueza de uns poucos, a qual cresce continuamente, embora eles há muito tenham deixado de trabalhar (MARX *apud* AVELÃS NUNES, 2007. p. 101)

A pretensa libertação do ser que trabalha foi amplamente alardeada pelos estudiosos do tema como um grande passo para emancipação humana, uma grande conquista dos trabalhadores. Esta suposta emancipação, porém, esconde uma violação aos direitos de posse de terra daqueles camponeses sob relações feudais, bem como a violência contra aquelas famílias que foram expulsas de suas casas e dos seus meios de ganhar a vida para caírem num total abandono e se refugiarem nas cidades como um exército desesperado de mão de obra, extirpado de tudo que lhes dava segurança.

Esse clima de violação e de insegurança é captado quando se denota que, para aquelas pessoas que saíram de uma lógica diferente: a lógica feudal, não foi fácil se adaptar àquele conceito de vida “livre”. Isto é, de uma vida em que, para ter acesso aos meios de produção, havia que se submeter a uma série de imposições quanto a metas, produção, a um tipo de método, ambiente e jornada de trabalho completamente diferentes e com um sentido completamente diferente e alheio ao sentido que os trabalhadores costumavam dar à sua produção. Ilustrativo é o relato, formulado em 1806, de um pequeno industrial anônimo da época, transcrito por BAUMAN:

Hallé que los hombres sentían un gran disgusto hacia cualquier regularidad de horarios o de hábitos... Estaban sumamente descontentos porque no podían salir y entrar como querían, ni tener el descanso que deseaban, ni continuar del modo como lo habían hecho en el pasado; después de las horas de trabajo, además, eran Blanco de observaciones malintencionadas por parte de otros obreros. Hasta el punto llegaron a manifestar su desacuerdo con la totalidad del sistema, que me vi obligado a disolverlo. (BAUMAN, 2000. p. 21)

Este relato pode ilustrar também o que MARX chamou de trabalho estranhado ou alienado²³. Em linhas gerais, pode-se dizer que a alienação ocorre quando o objeto produzido pelo ser humano torna-se estranho a ele próprio. Posto que este não se reconheça mais nem no processo de produção nem no produto, já que o trabalhador foi objetivizado, e o que ele faz pertence a uma técnica, a finalidades, a um *modus operandi* independente dele, como se lhe

²³ Há controvérsias quanto as expressões trabalho estranhado ou alienado serem sinônimas. Muitos autores consideram-nas como tal, a exemplo de Gorender e McLellan, mas Ranieri insiste em que há diferenças em ambas expressões, como explica o próprio: “[...] a primeira [alienação - Entäusserung] está carregada de um conteúdo voltado à noção de atividade, objetivação, exteriorizações históricas do ser humano; a segunda [estranhamento - Entfremdung], ao contrário, compõe-se dos obstáculos sociais que impedem que a primeira se realize em conformidade com as potencialidades do homem, entaves que fazem com que, dadas as formas históricas de apropriação e organização do trabalho por meio da propriedade privada, a alienação apareça como um elemento concêntrico ao estranhamento. Na verdade [...], a partir do momento em que se tem, na história, a produção como alvo da apropriação por por parte de um determinado segmento social distinto daquele que produz, tem-se também o estranhamento, na medida em que este conflito entre a apropriação e expropriação é aquele que funda a distinção socioeconômica e também política entre as classes (RANIERI, 2001. p. 8-9).

fosse estranho e hostil. Pois o trabalho não lhe parece seu e não lhe pertence. Este estranhamento não só se restringe ao trabalho, mas toca a essência do homem, já que este dispende numerosas horas de seu dia, seu esforço, seu corpo e sua mente e sua vida para trabalhar em projetos, em processos, objetos e finalidades que lhes são estranhas. O estranhamento e alienação atingem a essência do homem, pois ele volta a sua vida a projetos, finalidades e objetos alheios, o que faz com que o trabalhador não pertença a si mesmo, mas a outro. (MARX, 2008. p. 79-83)

Esta dificuldade inicial, causada pelo estranhamento do trabalho, fez com que o próprio sistema encontrasse suas saídas para fazer com que este trabalhador “livre” se sujeitasse a esta alienação e assenhoração de si. Esta saída foi por meio do abandono e da coerção social, no fazer impossível a vida destas pessoas que não se adaptavam a esta alienação, conforme o seguinte relato de Thomas Carlyle:

Si se les hace la vida imposible, necesariamente se reducirá el número de mendigos. Es un secreto que todos los cazadores de ratas conocen: tapad las rendijas de los graneros, hacedlos sufrir con maullidos continuos, alarmas y trampas, y vuestros “jornaleros” desaparecerán del establecimiento. Um método aun más rápido es el arsênico; incluso podría resultar más suave, si estuviera permitido. (CARLYLE apud BAUMAN, 2000, p. 27)

Exemplo da “técnica” acima citada por Carlyle foi a Lei dos Pobres que dividia os seres humanos entre os que trabalhavam e os que não trabalhavam. Sendo estes últimos, ainda, divididos entre os que não trabalhavam por que não tinham condições e os que não trabalhavam por opção. Note-se que dentre estes últimos estavam aqueles que se insurgiam ou não se adaptavam contra os sistemas de exploração das cidades. Esta lei instituía asilos e obrigava a todos aqueles que não trabalhassem a viver ali trancafiados. Os asilos eram ambientes em que se vivia em péssimas condições de vida, num ambiente de extrema insalubridade, fealdade degradação e sofrimento. As condições de vida para aqueles que não trabalhavam se já eram difíceis, pior se tornaram depois da instituição da obrigatoriedade de viver nos asilos. Frente aos asilos, qualquer condição de trabalho pareceria uma benção e isto fez com que os patrões pudessem explorar ainda mais a mão de obra “livre”. Segundo Bauman:

[...] la abolición de la ayuda externa obligaba a los pobres a pensar dos veces antes de decidir que las exigências de la ética del trabajo “no eran para ellos”, que no podían hacer frente a la carga de uma tarea regular, o que las demandas del trabajo em las fábricas, duras y en cierto modo aborrecibles, resultaban uma elección peor que su alternativa. Hasta los saláries más miserables y la rutina más extenuante y tediosa dentro de la fábrica parecieron soportables (y hasta deseables) em comparación com los hospícios [...] Cuanto más aterradoras fueran las noticias que se filtraran a través de las paredes de los asilos, más se asemejaría a la libertad esa nueva esclavitud del trabajo em las fábricas; la miséria fabril parecería, em comparación, um golpe de suerte, uma bendición. (BAUMAN, 2000, p. 28)

Note-se que é a conjuntura moderna e capitalista que faz com que a centralidade do trabalho se sobressaia nos discursos e nas consciências. Anteriormente, a importância do trabalho era bem mascarada pelo fato deste ser desempenhado de uma forma natural e de não se necessitar uma análise do trabalho como categoria, já que não era necessário aperfeiçoá-lo, tirar de si uma maior produtividade, separá-lo de outros vínculos sociais. O trabalho no Capitalismo e Modernidade é colocado em pauta, pois é necessário para ambos aperfeiçoá-lo como categoria, pois antes da modernidade e do advento do capitalismo a idéia sobre a criação ou produção de riqueza jamais havia se vinculado ao trabalho. A consciência de que o trabalho gera a riqueza fez com que aquele viesse à tona e se criasse toda uma engrenagem social, como visto com as filosofias, ideologias, as medidas como os cercamentos e os asilos.

Primeiramente, como na Antiguidade e Medievo, a criação de riquezas foi atrelada à conjunção do Céu e da Terra ou a Deus ou aos Deuses (RIEZNIK, 2007. p. 14). No mercantilismo, a riqueza residia no acúmulo de metais preciosos e na moeda. Para os fisiocratas ainda na moeda tendo por lastro a capacidade de produção de utilidade da agricultura (AVELÃS NUNES, 2007, p. 345-347). Foi apenas no início do capitalismo, a partir de Adam Smith que se começou a admitir o trabalho como fonte de riquezas.

Adam Smith percebeu que, com o advento das indústrias, a produtividade não precisa estar relacionada à terra e que pode estar relacionada a vários tipos de atividades e não com os meios físicos que lhes são inerentes. Smith perguntou-se, então, o que as mais diversas atividades têm em comum para permitir a todas uma criação de excedente e valor. E percebeu que o trabalho, enquanto trabalho abstrato²⁴, está presente em todas as formas de atividades produtivas e que este é o elemento constante, a necessidade base sem a qual não há

²⁴ O trabalho abstrato poderia ser descrito de forma simplificada como todo o dispêndio de energia física e psíquica exigido no processo de produção. Este conceito foi percebido a partir do desenvolvimento da divisão do trabalho que possibilitou abstrair as particularidades e etapas do trabalho concreto que se fundiam em um trabalho único (NUNES, 2007. p. 389)

produção, tampouco lucro. É assim que surge a teoria do valor-trabalho²⁵. Esta teoria pode ser ilustrada a partir de trechos do próprio Smith:

O preço real de cada coisa — ou seja, o que ela custa à pessoa que deseja adquiri-la — é o trabalho e o incômodo que custa a sua aquisição. O valor real de cada coisa, para a pessoa que a adquiriu e deseja vendê-la ou trocá-la por qualquer outra coisa, é o trabalho e o incômodo que a pessoa pode poupar a si mesma e pode impor a outros. O que é comprado com dinheiro ou com bens, é adquirido pelo trabalho, tanto quanto aquilo que adquirimos com o nosso próprio trabalho. Aquele dinheiro ou aqueles bens na realidade nos poupam este trabalho. Eles contêm o valor de uma certa quantidade de trabalho que permutamos por aquilo que, na ocasião, supomos conter o valor de uma quantidade igual. O trabalho foi o primeiro preço, o dinheiro de compra original que foi pago por todas as coisas. Não foi por ouro ou por prata, mas pelo trabalho, que foi originalmente comprada toda a riqueza do mundo; e o valor dessa riqueza, para aqueles que a possuem, e desejam trocá-la por novos produtos, é exatamente igual à quantidade de trabalho que essa riqueza lhes dá condições de comprar ou comandar. (SMITH, 1996. p. 87-88)

A percepção de que o trabalho é a fonte de toda a riqueza, bem como do sustento da sociedade muda a forma como o trabalho é encarado. O trabalho passou a ser uma atividade de mais alta dignidade, o fator responsável por decidir a sorte dos seres, bem como por distinguir as suas qualidades²⁶. Ocorre, porém, que esta ética²⁷ só funcionou no sentido de se impingir responsabilidades ao trabalhador e não direitos. Colocou-se um discurso de regulação social que depositava no trabalhador não só a responsabilidade, através de seu trabalho, de garantir a sobrevivência e os ganhos da sociedade através da ideologia de que havia um grande pacto entre o trabalhador e os donos dos meios de produção. Assim como a responsabilidade de ser uma pessoa bem sucedida ou não. É neste sentido que se demonstrou a tese smithiana criticada por Marx de que o trabalho é o meio que dá acesso à propriedade e,

²⁵ A teoria do valor-trabalho foi aprimorada por David Ricardo que a coloca nitidamente como núcleo da teoria econômica não só no contexto capitalista, como nas organizações sociais mais antigas. É Ricardo também que refuta a crítica do valor como utilidade, colocando que, aqueles bens cujo valor é tomado apenas pela sua escassez, além de serem uma parcela muito pequena da massa de todos os bens não interessam ao estudo do mercado, tampouco à economia política posto que não se vinculem à capacidade humana de multiplicá-los e seu valor seja absolutamente independente da atuação humana, variando segundo determinadas conjunturas econômicas e com os gostos e modismos em voga. (NUNES, 2007. p. 463-464)

²⁶ Conforme salienta Bauman: “El tipo de trabajo tenía la totalidad de la vida; determinaba no sólo los derechos y obligaciones relacionados directamente con el processo laboral, sino también el estándar de vida, el esquema familiar, la actividad de relación y los entretenimientos, las normas de propiedad y la rutina diaria.” (BAUMAN, 2000, p. 34)

²⁷ Bauman, em seu livro “Trabalho, consumismo e novos pobres”, sustenta que no capitalismo instaurou-se uma ética do trabalho que fez com que os homens que não viviam para trabalhar, trabalhassem para os capitalistas em um ritmo frenético e colocassem o trabalho no centro de suas vidas. Neste sentido, Bauman acaba por afirmar que o trabalho não é uma categoria essencial, tanto o é que, atualmente os homens se identificam muito mais com o consumo do que com o trabalho. O presente texto considera várias das considerações e análises de pontos fatuais em Bauman, porém não comunga com a idéia de que o trabalho seja uma invenção moderna que perdeu sua utilidade, conforme se pode observar no decorrer da presente argumentação.

assim, poderia fazer rico e livre a todos. São nestas linhas que a concepção capitalista de trabalho livre se delineia, Adam Smith sintetiza esta concepção com bastante precisão:

A propriedade que cada pessoa tem em sua própria ocupação, assim como é o fundamento original de toda e qualquer outra propriedade, da mesma forma constitui a propriedade mais sagrada e inviolável. O patrimônio do pobre reside na força e destreza de suas mãos, sendo que impedi-lo de utilizar essa força e essa destreza da maneira que ele considerar adequada, desde que não lese o próximo, constitui uma violação pura e simples dessa propriedade sagrada. Estamos diante de uma evidente interferência na justa liberdade, tanto do trabalhador como daqueles que poderiam desejar, a qualquer momento, contratar seus serviços. Assim como se impede o trabalhador de trabalhar como lhe parecer mais indicado, da mesma forma impede-se os outros de empregar a quem considerarem mais oportuno. Julgar se o trabalhador é apto para o emprego é uma função que seguramente pode ser confiada à discricção dos empregadores, que tanto interesse têm no caso. O receio, por parte do legislador, de que os empregadores contratem pessoas inadequadas evidencia-se como uma medida impertinente e opressiva. (SMITH, 1996. p. 166-167)

Foi esta concepção de liberdade que lançou os trabalhadores à conjuntura da Revolução Industrial. A Revolução Industrial inglesa não foi a grande responsável pela industrialização do mundo, tampouco pela atual condição do trabalhador, mas ela é o primeiro caso e o melhor emblema para se entender estes aspectos do capitalismo mundial (HOBSBAWM, 1988. p. 93). Há ainda quem negue a existência desta revolução, mas a mudança drástica de todos os indicadores econômicos daquela época é prova suficiente para que se possa constatar que algo de muito importante aconteceu na história (HOBSBAWM, 1988. p. 92). Huberman afirma que, a produção de algodão, carvão, ferro ou qualquer outra mercadoria se viu multiplicada por dez (HUBERMAN, 1974, p. 182), mas que este aumento espetacular da produção só piorou as condições de vida dos trabalhadores à época:

Para muitos, podia ser qualquer coisa, menos um paraíso. Em termos de felicidade e bem-estar dos trabalhadores, aquelas estatísticas róseas diziam mentiras horríveis. Um autor mostrou isso num livro publicado em 1836: —Mais de um milhão de seres humanos estão realmente morrendo de fome, e esse número aumenta constantemente... ...É uma nova era na história que um comércio ativo e próspero seja índice não de melhoramento da situação das classes trabalhadoras, mas sim de sua pobreza e degradação: é a era a que chegou a Grã-Bretanha. Se um marciano tivesse caído naquela ocupada ilha da Inglaterra teria considerado loucos todos os habitantes da Terra. Pois teria visto de um lado a grande massa do povo trabalhando duramente, voltando à noite para os miseráveis e doentios buracos onde moravam, que não serviam nem para porcos; de outro lado, algumas pessoas que nunca sujaram as mãos com o trabalho, mas não obstante faziam as leis que governavam as massas, e viviam como reis, cada qual num palácio individual. Havia, na realidade, duas Inglaterras. Disraeli acentuou isso em sua *Sybil*: Duas nações; entre as quais não há intercâmbio nem simpatia; que ignoram os hábitos, idéias e sentimentos uma da outra, como se habitassem zonas diferentes, são alimentadas com comida diferente, têm maneiras diferentes, e não são governadas pelas mesmas leis. (HUBERMAN, 1974, p. 182)

Se o único acesso do trabalhador à propriedade, aos meios de produção, em resumo, aos meios que lhe permitem subsistir, é através do trabalho, este âmbito de existência se afunilou com as tecnologias da Revolução Industrial. As máquinas não só economizavam trabalho, como também trabalhadores e ao invés de adequar-se ao tempo humano, elas submetiam os obreiros a seu ritmo. Era o ritmo da máquina que traria cada vez mais lucro ao seu proprietário, não o do homem que se submetia a tal no intuito de preservarem este único âmbito de sobrevivência própria e dos seus.

A lógica capitalista da mercantilização do trabalho atingiu não só ao trabalhador como a sua família. O trabalho infantil²⁸ tinha índices alarmantes à época, pois a liberdade de contratar e vender a força de trabalho permitia que as crianças vendessem sua força de trabalho e que os patrões os procurassem por ser uma mão de obra mais barata. Primeiramente procurou-se os órfãos, depois se chegou a tal ponto que os pais tinham de ficar em casa para seus filhos trabalharem, pois havia preferência pela mão-de-obra mais barata infantil. (HUBERMAN, 1974, p. 184). Os presentes relatos demonstram que, conforme reconheceu ainda a esta época a Encíclica papal *Rerum Novarum*²⁹, não só o trabalho é extensão do ser humano como ambos e, inclusive a unidade familiar do obreiro, são realidades indissociáveis.

A citada encíclica papal, apesar de ser um marco na história dos direitos humanos sociais, não alcançou muitos efeitos na realidade das fábricas, tampouco na mentalidade da época, pois contraria a essência do capitalismo que é a acumulação. Nas sociedades pré-capitalistas o excedente social convertia-se em valor de uso para a classe dominante que só desenvolvia a produção se houvesse necessidade de ampliação destes valores de uso. Já no capitalismo esse excedente social é necessário não só para os altos padrões de consumo das classes abastadas, mas visa essencialmente à acumulação. Para seguir este sempre necessário crescimento econômico, que permite os donos dos meios de produção inserir-se

²⁸ Conforme aponta Huberman: “O trabalhador infantil não era novidade. O leitor deve lembrar-se da descrição do sistema doméstico, feita por Defoe à página 123 deste livro. Mas antes o trabalho das crianças era complemento do trabalho dos pais; agora, passara a ser a base do novo sistema. Antes, as crianças trabalhavam em casa, sob a direção dos pais, com horários e condições por estes determinados; agora, trabalhavam em fábricas, sob a direção de um supervisor cujo emprego dependia da produção que pudesse arrancar de seus pequenos corpos, com horários e condições estabelecidos pelo dono da fábrica, ansioso de lucros. Até mesmo um senhor de escravos das Índias Ocidentais poderia surpreender-se com o longo dia de trabalho das crianças. Um deles, falando a três industriais de Bradford, disse: —Sempre me considerei infeliz pelo fato de ser dono de escravos, mas nunca, nas Índias Ocidentais, pensamos ser possível haver ser humano tão cruel que exigisse de uma criança de 9 anos trabalhar 12 horas e meia por dia, e isso, como os senhores reconhecem, como hábito normal. (HUBERMAN, 1974, p. 186)

²⁹ “O trabalho deve ser considerado, em teoria e na prática, não mercadoria, mas um modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência. Por isso, a sua remuneração não pode deixar-se à mercê do jogo automático das leis do mercado” (Encíclica *Rerum Novarum*.)

competitivamente no mercado, é necessário que se revolucione constantemente as tecnologias para se produzir mais e melhor. (MARX *apud* AVELÃS NUNES, 2007. p. 133). Vigorando esta lógica, a produção jamais poderá ser adequada ao ritmo dos seres humanos, muito menos a tecnologia servirá para diminuir a exploração do trabalho. O que se espera com o constante aprimoramento das máquinas é o maior lucro e acumulação e é o ser humano que deve se adaptar a este ritmo.

Por mais que houvesse e ainda haja várias teorias, críticas e concepções sobre a ideologia dominante do capitalismo e se apontassem novos paradigmas para este, é o pensamento econômico da Escola Clássica³⁰ que dá o tom do valor do trabalho na Modernidade e no Capitalismo³¹, mesmo nos tempos atuais, sob nomenclatura diversa calcada na revisão e atualização daqueles princípios. A escola clássica apregoa que há um mecanismo natural capaz de garantir sempre o equilíbrio da vida econômica e que seus postulados científicos derivam da compreensão deste mecanismo natural que, por isso, têm validade universal por derivar da própria natureza humana e da natureza.

As principais leis enunciadas pelos Clássicos são: a) lei do interesse pessoal: apregoa que o interesse pessoal é a lei que deve gerir a sociedade já que ninguém melhor que o próprio indivíduo para saber o que é melhor para si e esta busca individual do melhor para si levaria à sociedade a atingir o melhor para todos; b) lei da livre concorrência: resultante da lei anterior, apregoa que é a livre concorrência que melhor harmoniza os interesses individuais (daí vem a identificação dos clássicos como liberais); c) lei da população: apregoa a necessidade de reduzir a população pois, segundo Malthus, a população aumenta em progressão geométrica enquanto que a produção dos meios de subsistência em progressão aritmética o que geraria um colapso; d) lei da oferta e da procura: explica a cotação de preço (seja dos produtos, do trabalho, do capital e da natureza) na crença de que os preços variam inversamente à variação das quantidades oferecidas e diretamente em relação à variação das quantidades procuradas; e) lei do salário: decorre da lei anterior, os salários variarão em função da quantidade de mão-de-obra oferecida e procurada; f) lei da renda: apregoa que produtos semelhantes são vendidos a mesmo preço do custo de produção mais elevado, há um ganho diferencial para aqueles que produzem a um custo inferior ao custo marginal; g) lei do comércio internacional: sustenta

³⁰ A Escola Clássica foi a corrente de pensamento econômico que se desenvolveu na Inglaterra entre os fins do século XVIII e meados do século XIX e teve como expoentes Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus Stuart Mill e Jean-Baptiste Say.

³¹ O pensamento econômico na era do capitalismo foi marcado por uma larga hegemonia das correntes liberais baseadas nos postulados clássicos. Apenas entre as décadas de 1940 e 1970 foi que esta hegemonia foi rompida com a ascensão do keynesianismo, sendo retomada até os dias atuais com o neoliberalismo.

que no comércio exterior o ganho de um país não consiste em perdas para um outro, mas que o comércio externo beneficia a todos com os ganhos decorrentes da divisão internacional do trabalho, por isso apregoa-se a liberdade do comércio exterior. (AVELÃS NUNES, 2007. p. 380-381)

As leis expostas demonstram que o capitalismo, com base na Escola Clássica, define o mundo a partir do interesse individual que se concentra na propriedade privada como reduto de liberdade e bem-estar. Esta noção reduziu os fins do ser humano e da sociedade ao âmbito da economia, bem como as relações entre indivíduo e coletividade, incluindo-se aí o trabalho. Mesmo em face de concepções clássicas que levavam em consideração o trabalhador como pessoa humana, como a de Adam Smith, nota-se que não há um aprofundamento da crítica em relação às condições dos trabalhadores na sociedade. Pois todos os clássicos trataram com bastante naturalidade, e legitimaram assim, a existência daqueles que não só auferem renda pelo emprego de suas propriedades, bem como pela auferição de lucros³². A tese do trabalho como construtor do valor foi, porém e também, a partir dos socialistas, um importante passo para emprestar importância aos trabalhadores como nunca desde a Antiguidade.

Apesar da sua importância, não foi a Revolução Francesa com o seu apelo aos direitos dos homens e o seu discurso de igualdade, liberdade e fraternidade que trouxe efetivamente a valorização do trabalho como valorização do ser humano que trabalha. Esta revolução só veio consolidar a situação da força de trabalho como mercadoria autônoma diante da conquista de liberdade pessoal às pessoas das classes populares. Mesmo diante sua importância na afirmação dos direitos humanos, será visto no capítulo posterior, que estes direitos acabaram se concentrando nos ditos individuais, que garantiam apenas as liberdades liberais e não as liberdades econômicas que se identificavam com os direitos laborais.

O diagnóstico de que a Revolução Francesa foi uma revolução para sedimentar o poder político da burguesia que já tinha o poder econômico, parece ser acertada, já que o ideal

³² É certo que Adam Smith preocupou-se com um sistema em que o salário fosse suficiente para uma vida também suficiente do trabalhador, conforme se demonstra no seguinte excerto de sua obra: “Dever-se-á considerar esta melhoria da situação das camadas mais baixas da sociedade como uma vantagem ou como um inconveniente para a sociedade? A resposta é tão óbvia, que salta à vista. Os criados, trabalhadores e operários dos diversos tipos representam a maior parte de toda grande sociedade política. Ora, o que faz melhorar a situação da maioria nunca pode ser considerado como um inconveniente para o todo. Nenhuma sociedade pode ser florescente e feliz, se a grande maioria de seus membros forem pobres e miseráveis. Além disso, manda a justiça que aqueles que alimentam, vestem e dão alojamento ao corpo inteiro da nação, tenham uma participação tal na produção de seu próprio trabalho, que eles mesmos possam ter mais do que alimentação, roupa e moradia apenas sofrível.” (SMITH, 1996. p. 128-129) . Não houve porém uma crítica mais profunda quanto à legitimidade da propriedade e da exploração do trabalho alheio, já que não condenou o que futuramente foi chamado por Marx de mais-valia.

do *liberté, égalité et fraternité* não foi amplamente instituído principalmente quando a igualdade e a fraternidade. Foi preciso que a ideologia socialista e a sua ameaça concretizada com a implementação de estados socialistas forçassem o capitalismo a implementar em alguma escala os ideais de igualdade e fraternidade, através de determinados movimentos que beiraram na constitucionalização dos direitos sociais a partir da Constituição Mexicana, bem como da Constituição de Weimar. Destaque-se, ainda, a importância das crises internas de produção do capitalismo que, com as ameaças socialistas fizeram com que a ênfase na centralidade do mercado fosse abrandada em prol de considerações mais humanas, beirando inclusive na criação do sugestivo Estado de Bem-Estar Social.

Alguns autores anteriores ao socialismo já haviam destacado o valor do trabalho além do seu papel instrumental para a produção de riquezas. Um dos maiores expoentes foi Hegel com a defesa da idéia de que o trabalho é a forma como o ser humano se auto-cria. Como se pode observar na obra “Ideologia Alemã” Marx e Engels foram influenciados pelo pensamento de Hegel rompendo com este posteriormente aproximando-se de Feuerbach, apenas na crítica àquele da sua concepção deísta da dialética e aproximando-se assim do materialismo. A postura materialista de Marx o fez avançar no conceito hegeliano de trabalho como atividade de auto-criação para lançar a tese de que o ser humano e a sociedade se auto-criam dialeticamente através das suas interações, bem como com as interações com a natureza e este processo de criação não se dá a partir de categorias ideais, como pensava Hegel, mas a partir de processos concretos da vida social, considerando a realidade material, e não apenas as construções ideais como fator determinante da atividade humana (GIDDENS, 2005, p. 53). Marx rompe com os idealistas e traz a importância de se considerar as bases materiais da sociedade ao constatar que não é só a consciência que determina a vida, a vida também determina a consciência e o ser, como afirma Jacob Gorender em prefácio ao livro Ideologia Alemã de Marx e Engels:

Para que os homens consigam fazer história, é absolutamente necessário, em primeiro lugar, que se encontrem condições de poder viver; de poder comer, beber, vestir-se, alojar-se etc. A satisfação das necessidades elementares cria necessidades novas e a criação de necessidades novas constitui o primeiro ato da história. [...] A conjugação da produção material com a forma correspondente de intercâmbio constitui o *modo de produção*. Este se identifica como que, na época, a literatura política chamava de *sociedade civil*. Ou seja, a esfera das necessidades materiais dos indivíduos, a esfera em que os indivíduos cuidam dos interesses particulares. Por conseguinte, o reino das relações econômicas. A sociedade civil é a base de toda história. (MARX; ENGELS, 2001, p. XXV)

A Modernidade presenciou várias críticas quanto à condição de penúria dos seres humanos, que, certo modo, trazia em si o reflexo da crítica de Marx em considerar os seres e a sociedade também do ponto de vista material. Estas críticas confluíram na conjuntura em que havia várias lutas sociais travadas justamente em busca de melhorar essas bases materiais da vida. É certo que, ao longo do capitalismo, houve uma série de reconhecimentos de direitos à classe trabalhadora. Contudo, não se pode dizer que, com isto, o valor social do trabalho no capitalismo tenha sido reconhecido além da perspectiva instrumental do trabalho, isto é, do trabalho como meio necessário para a produção de riquezas. O capitalismo não chegou a considerar o trabalho como realidade intrínseca do ser humano, sob a égide de valores humanos, mesmo nas perspectivas mais abrandadas da lógica da exploração como a Keynesiana, conforme se verá em tópico posterior, o valor do trabalho ainda é considerado em termos apenas econômicos. A consideração do trabalho como um fim em si é contrária à lógica capitalista de separação dos trabalhadores dos seus meios de produção e do controle da sua produção, da sua finalidade e do objeto produzido. Ou seja, à lógica de se usar da força do trabalho alheio para finalidades dos detentores dos meios de produção. É neste sentido que, baseado em lições de Marx sobre alienação, afirma GIDDENS:

A enorme riqueza que o modo de produção capitalista proporciona é apropriada pelos donos da terra e do capital. Esta separação entre o trabalhador e o produto do seu trabalho não se reduz apenas à expropriação de bens que pertencem de direito ao trabalhador. O ponto principal da teoria apresentada por Marx é que, no capitalismo, os objectos materiais produzidos pelo trabalhador são tratados da mesma maneira que o próprio trabalhador – tal como são tratados da mesma maneira ao nível teórico, na disciplina da economia política. “O trabalhador torna-se num bem ainda mais barato do que aqueles que produz. A *desvalorização* do mundo humano aumenta em proporção directa da *valorização* do mundo das coisas”. Esse processo implica uma distorção a que Marx dá o nome de “objectivação” (*Vergegenständlichung*). O trabalhador modifica, através do seu trabalho, o mundo da natureza; a sua produção é o resultado desta interação com o mundo exterior, na medida em que modela esse mundo. Mas no capitalismo o trabalhador (o sujeito, o criador) é assimilado ao seu produto (o objecto). (GIDDENS, 2005, p. 39)

A objetivação ou reificação que Giddens trata é o cerne de muitos dos problemas sociais que a humanidade vem enfrentando. A luta pelos direitos sociais aparece, de certo modo, como uma alternativa para minorar, sem superar o capitalismo, tanto o processo de reificação como suas conseqüências. A luta pelos direitos sociais, agora inserida na luta pelos direitos humanos, para alguns, faz parte de um contraponto que, para alguns serve como concessões necessárias para a manutenção da paz social e assim, do capitalismo; para outros, representa uma trincheira de luta para a humanização da sociedade. O fato é que,

independente do ponto de vista, é de se considerar que a noção de direitos humanos sociais despertou a Modernidade para a necessidade de garantias não só de direitos que encerram situações ideais, mas também de direitos que se materializem em objetos bastante concretos, como os meios de subsistência. Os direitos humanos sociais, mesmo não resolvendo questões como a da alienação do trabalho, incorporou, ainda, uma nova perspectiva do valor do trabalho, isto é, trouxe à tona o valor social do trabalho para os indivíduos e para a sociedade, bem como representa um contraponto efetivo à degradação, ou flexibilização, ainda maior das condições do trabalhador e de sua família.

Atualmente a acentuação da busca de lucros vem exigindo a intensificação do processo de reificação das pessoas e até a os direitos humanos sociais que, certo modo mantém a pacificação da ordem capitalista, estão sendo questionados face esta necessidade. A reestruturação produtiva, com o desaparecimento dos grandes centros de produção, bem como com a massificação do desemprego estrutural (tópicos que serão mais bem estudados no capítulo da flexibilização) está remoldando o cenário do capitalismo fazendo com que o trabalho, que tinha seu valor reconhecido apenas quanto à criação de riqueza, agora já não tenha mais nenhum valor, a fim de legitimar a continuação e o aprofundamento da exclusão das pessoas do processo de produção e dos seus bens. É neste cenário que o presente trabalho pretende firmar qual é efetivamente o real valor do trabalho.

1.6. Trabalho: categoria morta, valor humano ou mercadoria?

Qual será então a engrenagem que faz com que os humanos não só sobrevivam, como os demais seres vivos, bem como modifiquem e reinventem o mundo e que assim imprimam neste suas características, seu gênio, sua personalidade? O que faz com que esses seres se diferenciem, afirmem suas personalidades, projetem seus sonhos e os construam? O que permite os seres humanos construir esta teia de relações intrincadas, esse organismo de co-dependência que é a sociedade? Como o trabalho – enquanto categoria que não só permite a subsistência humana, como também permite que se a conduza independente das leis naturais, através das condições criadas entre a vontade, o pensamento e a execução, bem como é responsável pela exteriorização e afirmação do sujeito – pode ser visto como uma categoria secundária ou até ser decretada a sua morte?

O reconhecimento de que o trabalho é fonte de criação de valor e meio necessário para a subsistência humana e das sociedades se dá não só nas teorias marxistas ou socialistas, mas, também, nas ideologias predominantes no capitalismo. O capitalismo, porém, transforma a relação entre homem e trabalho numa relação mercantilizada em que toda consideração alheia ao crescimento econômico e a maior obtenção de lucro é posta como ineficiente ou até irracional. O socialismo, principalmente através de Marx, baseado nas concepções de Hegel, traz o trabalho como extensão indissociável do ser humano e meio pelo qual este se constrói, evolui e se reconhece. O trabalho então é visto não só como ferramenta para produção e mercado, mas como âmbito de existência, desenvolvimento da personalidade, meio de interação entre os indivíduos e a sociedade e instrumento pelo qual se constrói a própria história, dominando e recriando as condições impostas pela natureza.

As conclusões sobre uma determinada ética do trabalho que foi criada para legitimar e dar suporte ao capitalismo, conforme se pode inferir de análises como a de Bauman e Weber, é como disse o próprio Weber, mais um recorte teórico para uma análise do capitalismo e do trabalho que não exclui outra mais materialista (WEBER *apud* OUTHWAITE, 1996, p. 282). Tampouco o enfoque na linguagem e no discurso, dado por Habermas, consegue apagar a importância da categoria do trabalho pelo fato de somar às análises aquele enfoque, posto que contemple também o trabalho, internalizando-o como um tipo de racionalidade: a instrumental.

Se forem consideradas teses mais incisivas, como a de Bauman ou a de Hannah Arendt, que acabam por decretar a morte do trabalho pela superação da ética do trabalho pela a ética do consumo³³, observa-se que ambos analisam apenas como o ser humano percebe o trabalho e não analisam a sua natureza e sua relação intrincada com a ontologia do ser humano. O que ambos os autores tratam nada mais é do que o processo de estranhamento ou alienação do trabalho visto em Marx³⁴. Processo este que é tomado como fim do trabalho e

³³ Veja-se em Bauman em “Trabalho, consumismo e novos pobres” e Arendt em “A condição humana”.

³⁴ O conceito de estranhamento ou alienação já foi dado anteriormente neste texto, porém, será repetido por força didática. alienação ocorre quando o objeto produzido pelo ser humano se torna estranho a ele próprio, posto que este não se reconheça mais nem no processo de produção nem no produto, já que o trabalhador foi objetivizado e o que ele faz pertence a uma técnica, a finalidades, a um *modus operandi* independente dele, como se lhe fosse estranho e hostil, pois o trabalho não lhe parece seu e não lhe pertence. Este estranhamento não só se restringe ao trabalho, mas toca a essência do homem, já que este dispense numerosas horas de seu dia, seu esforço, seu corpo e sua mente e sua vida para trabalhar em projetos, em processos, objetos e finalidades que lhes são estranhas. O estranhamento e alienação atingem a essência do homem, pois ele volta a sua vida a projetos, finalidades e objetos alheios, o que faz com que o trabalhador não pertença a si mesmo, mas a outro. (MARX, 2004. p. 79-83)

não como mais uma faceta que o capitalismo imprime às condições de trabalho que ainda estão muito vivas.

O conceito de alienação e estranhamento do trabalho em Marx traz a seguinte reflexão para os tempos atuais: já que ao ser humano foi usurpado o exercício de sua liberdade e satisfação pelo trabalho, o reduto que lhes restou foi o do consumo. Ocorre, porém, que o consumo não se vincula a qualquer responsabilidade social da produção e dos seus meios e bens e não está tampouco vinculado à responsabilidade de garantir aos humanos bases que lhes dêem condições de sustento material, isto é, o deslocamento da centralidade do trabalho para o consumo desvincula completamente a sociedade capitalista das responsabilidades de acesso a todos dos seus frutos, o consumo só têm responsabilidades com quem pode consumir e, infelizmente, esta parcela de consumidores está sendo cada vez mais reduzida. A centralidade do consumo em detrimento do trabalho pode beirar em um *ethos* da centralidade do ser humano que consome e da completa marginalização daquele que não tem condições para tal.

O que fazer então com a quantidade enorme de pessoas que a cada dia são lançadas às estatísticas do desemprego e que, ao mesmo tempo, têm de se deparar com o encolhimento progressivo das redes de proteção social, devido o desmantelamento dos Welfare States? Parece que a conclusão de Ignacy Sachs condiz bastante com a realidade: “[...] a exclusão passou a liderar, superando a exploração. Os ricos não precisam dos pobres. É provavelmente a razão por que tentam esquecê-los” (SACHS, 1995, p. 31) ou então incriminá-los, como sustenta Bauman³⁵.

Note-se ainda que é muito prematuro declarar a morte do trabalho quando não só o trabalho garante as bases materiais da sociedade, bem como ainda há uma identificação individual e social muito grande do ser humano com este. Uma pesquisa feita no Brasil pela

³⁵ Bauman culpa a criminalização dos pobres à ética do trabalho, porém não alcança que o problema em si não é o de que de todos se espera que se trabalhe, mas de que o acesso ao trabalho está a cada mais restrito. É bastante lúcida, porém, a forma como Bauman traduz o discurso médio quanto à criminalização dos pobres e dos sem emprego: “Según Hebert gans, “los sentimientos que las clases más afortunadas albergan hacia los pobres [son una] mezcla de miedo, enojo y condena: pero es probable que el miedo sea el componente más importante”. Esta mixtura de sentimientos vale como elemento movilizador del público, utilizable por los políticos, solo si el miedo es intenso y verdaderamente aterrador. La tan publicitada resistencia de los pobres a la ética del trabajo, así como su rechazo a participar del trabajo duro tal como lo hace la mayoría honorable, bastan para provocar el enojo y la condena del público. [...] La pobreza, entonces, deja de ser tema de política social para convertirse en asunto de justicia penal y criminal. Los pobres ya no son los marginados de la sociedad de consumo, derrotados en la competencia ferroz; son los enemigos declarados de la sociedad. Solo una delgadísima línea, muy fácil de cruzar, separa los beneficiários de los planes de asistencia de los traficantes de drogas, ladrones y asesinos. Quienes viven de los beneficios sociales son el campo de reclutamiento de las bandas criminales: financiarles es ampliar las reservas que alimentarán el delito.

Fiesp em 2010 revela que dentre os fatores mais importantes para o brasileiro se sentir feliz o primeiro é ter dinheiro (com 58,8%) e o segundo é estar empregado (com 51,5%), estando os filhos (30,4%), a religião (28,4%), o casamento (22,6%), o acesso a bens materiais (20,6%), acesso a um plano de saúde (17,8%), o ensino superior (16,7%) e a juventude (11,6%) abaixo do trabalho (SORG; ELIAS, 2011). As estatísticas demonstram que talvez a conclusão que Bendassoli chegou em seu estudo sobre a morte do trabalho e sua identidade estejam corretas:

[...] as narrativas sobre o trabalho ainda são fortes, perpassando construções modernas importantes, como o edifício do *status*, da renda, do mérito, do valor que o indivíduo atribui a si mesmo pelo fato de desempenhar um trabalho com grande visibilidade social, da carreira e do consumo. É difícil dizer a alguém que perdeu o seu emprego, que agora ele terá de encontrar narrativas “pragmaticamente” mais ricas de si mesmo. (BENDASSOLLI, 2007, p. 294)

Declarar a morte do trabalho tem demonstrado ser a saída ideológica para ocultar o fenômeno da alienação ou estranhamento do trabalho, bem como vem sendo a estratégia para justificar o acesso cada vez mais difícil a este âmbito de vida de todo ser humano. O processo de substituição do humano pela máquina, levado a cabo através das várias revoluções tecnológicas ou industriais e visando garantir a lógica capitalista de maior efetividade na reprodução e acumulação do capital vem se agudizando no decorrer da história. E, na atualidade, chegando a níveis insuportáveis em que o exército de reserva de mão-de-obra já é visto como uma multidão de pessoas definitivamente excluídas do sistema de produção.

No campo da efetivação dos direitos sociais, principalmente no Judiciário, declarar a morte do trabalho é uma perspectiva bastante perigosa. Deslocar a importância dos direitos sociais trabalhistas apenas para o atendimento da necessidade de consumo livre é minar a idéia de direitos sociais como manutenção de um trabalho digno, isto é, de um processo em que ser humano submete a sua existência (sua força física, intelectual, seu tempo, sua vida). assim, quaisquer condições de trabalho, bem como qualquer remuneração se tornam lícitas. Esta mudança de ótica da finalidade dos direitos sociais apenas como uma contraprestação do trabalho prestado legitima a degradação do ser humano ao permitir, por exemplo, jornadas extenuantes, trabalhos insalubres e perigosos, salários ínfimos que não são capazes de garantir direitos básicos como alimentação sadia, saúde, educação... Tudo em nome da constatação de que, sendo o trabalho massivamente estranhado e já que ao ser humano lhe foi dada apenas a esfera do consumo para exercer uma suposta liberdade e felicidade, que se aceite a

degradação total do trabalho, e se concentrem esforços apenas em dar, o quanto antes, qualquer pecúnia ao trabalhador para satisfazer suas necessidades de consumo imediatas.

O trabalho, como visto, é uma atividade que possibilita o ser humano a alcançar seus próprios fins, a imprimir seu ser no mundo, a se auto-criar e replicar, bem como de criar sua própria história através do domínio da natureza, não sendo mais um ser passivo diante desta, em que sua história é criada pelas leis naturais. Afirmar a superação do trabalho como categoria e como realidade humana é dizer que o ser humano não mais está submetido a necessidades externas para sobreviver, e que tampouco necessita do trabalho para alcançar seus fins, bem como para imprimir sua própria individualidade. Sepultar a categoria trabalho diante da necessidade de lutar para a consecução dos meios para a própria existência é lançar o ser humano desnudo, sem qualquer ação, diante do reino das necessidades. Assim como é negar-lhe um meio para o alcance de suas finalidades e para a expressão de si, é como, diria MARX, escravização humana pela natureza, pela necessidade:

Asi como el selvaje tiene que luchar con la naturaleza para satisfacer sus necesidades, para encontrar el sustento de su vida y reproducirla, el hombre civilizado tiene que hacer lo mismo, bajo todas las formas sociales y bajo todos los posibles sistemas de producción. A medida que se desarrolla, desarrollándose con él sus necesidades, se extienden también las fuerzas productivas que satisfacen aquellas necesidades. La libertad, en este terreno, sólo puede consistir en que el hombre socializado, los productores asociados, regulen racionalmente su intercambio de materias con la naturaleza, lo pongan bajo su control común en vez de dejarse dominar por él como un poder ciego, y lo lleven a cabo con el menor gasto posible de fuerzas y en las condiciones más adecuadas y más dignas de su naturaleza humana. Pero con todo ello, este será siempre un reino de la necesidad. Al otro lado de sus fronteras comienza el despliegue de las fuerzas humanas que se considera como fin en sí, el verdadero reino de la libertad, que sin embargo solo puede florecer tomando como base aquel reino de la necesidad. (MARX, *apud* RIEZNIK, 2007, p. 28)

O trabalho não pode ser tratado apenas como um meio para a satisfação do consumo, mas deve ser tratado como um valor em si mesmo, já que não pode ser dissociado do corpo, da mente, da vida, da condição humana. Não se pretende sustentar que o trabalho é a única via de afirmação individual do ser, bem como deste na sociedade, tampouco seu único meio de relacionar-se e de agir em comunidade (conforme apontam determinadas críticas, como a do agir comunicativo de Habermass), mas o trabalho é sim, um dos aspectos de extrema importância para a autoafirmação e co-criação do ser humano e do desenrolar da sociedade, como se buscou demonstrar nos tópicos anteriores.

A luta pelos direitos sociais trabalhistas é uma luta pelo espaço no mundo das pessoas que não detêm os meios de produção para a sua existência. É uma forma de racionalizar a participação humana neste intercâmbio com a natureza, como disse MARX na citação anterior, é uma forma de ultrapassar o reino da necessidade e alcançar liberdade. Se o mundo já foi loteado entre quem é proprietário e quem não, e se o trabalho é o único reduto em que se é permitida a participação dessas pessoas neste planeta de alguns e nos bens que lhe são retirados, a proteção ao trabalho é a proteção da sua parcela de existência. Proteger os direitos sociais trabalhistas é se afirmar que aqueles que nada têm, têm o direito de sobreviver e é dar, efetivamente, função social ao mundo que já se apresenta, pelo menos virtualmente, todo individual, isto é, à mercê de alguns indivíduos. A proteção aos direitos do trabalho é a proteção dos meios de sustento daqueles que vivem uma sociedade em que a propriedade privada de poucos e a não propriedade de muitos é legitimada. Já que, e a história vem demonstrando, deixar a sobrevivência digna dos trabalhadores à mercê da barganha individual de cada um, sem que hajam direitos reconhecidos e pré-estabelecidos é deixá-los ao alvedrio dos interesses daqueles que detêm os meios de produção. Arbítrio este que já permitiu (e permite ainda) situações de extrema degradação, como as escravidões e servidões, ou ainda pior, o total abandono frente ao desemprego.

O próximo capítulo tratará do trabalho como ponto essencial do conceito dos direitos humanos fundamentais, posto que se apresente como um dos aspectos ontológicos dos seres humanos e o capítulo terceiro buscará demonstrar a essência, a lógica e os efeitos da flexibilização trabalhista para, por fim tratar da conciliação judicial trabalhista como um ponto específico da conjuntura de flexibilização e desvalorização do trabalho e do trabalhador.

CAPÍTULO 2 - O VALOR DO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA INDISPONIBILIDADE

2.1. A afirmação histórica dos direitos humanos

O termo direitos humanos³⁶ surge a partir da noção muito antiga de direitos naturais, seja como uma adaptação, conforme pregam os jusnaturalistas, seja como uma contraposição, conforme colocam os positivistas. Aponta-se que as origens do direito natural remontam principalmente à antiguidade greco-romana, bem como o Medievo quando começou a se considerar que todos os humanos são dotados de direitos pelo simples fato de existir (SARLET, 2004, p. 44).

A idéia de direito natural, desde a Antiguidade esteve associada a algo maior que o ser humano, como se um todo harmônico, em que se havia uma justiça universal, estivesse previamente traçado (VILLEY, 1976, p. 40). Na Grécia, grosso modo, se concebia que o direito natural seria como as leis imutáveis e lineares da natureza que deveriam ser descobertas pelos indivíduos através da razão (DOUZINAS, 2009, p. 47), já os cristãos criam ser a lei natural a consciência de Deus enraizada nos corações humanos, como afirma São Paulo em sua carta aos Romanos, II:15. Como se denota, o direito natural era tido como um direito objetivo, que cabia apenas aos humanos descobri-lo ou escutá-lo.

Com o advento do Iluminismo, começou-se a questionar as bases divinas das ciências, do justo e da sociedade. Ganha fôlego o pensamento de que a verdade só poderia se alcançar através da razão, sendo que a razão considerada legítima era aquela fundada na lógica matemática (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 227) que era imutável, demonstrável e descontaminada de juízos de valor³⁷. Neste contexto, quanto ao direito, buscou-se secularizar a idéia de direito natural que vinha desde a Idade Antiga substituindo as concepções deístas pela razão humana.

³⁶ O presente estudo não se centrará nos marcos históricos e jurídicos dos direitos humanos generalizadamente posto que já são de amplo conhecimento e que extrapole as suas pretensões. Enfatizar-se-á a construção histórica dos direitos sociais trabalhistas sob o aspecto da emancipação do trabalhador.

³⁷ A razão iluminista foi posteriormente chamada pelos teóricos da Escola da Frankfurt de razão instrumental. Várias críticas lhe foram feitas, havendo vários trabalhos que a acusam de estar a serviço da dominação, exploração, opressão e violência (CHAUÍ, 2000, p. 103)

Douzinas sustenta que a dessacralização do direito natural foi permitida com a concepção dos nominalistas franciscanos Duns Scotus e Guilherme de Ockham no século XIV ao argumentar que a individualidade é a expressão máxima da criação. As coletividades, cidades e comunidades são artificiais, naturais só os homens, conforme o foi o próprio Cristo. Estes autores sustentavam ainda que o controle das vidas dos indivíduos se materializava na vontade que era um tipo de domínio ou propriedade e esta propriedade não era uma garantia legal senão um presente divino, a base da vida humana. Estes pensadores colocaram ainda que a lei não se fundava em uma natureza ou razão superior, senão na vontade divina que era absoluta e obrigatória. Douzinas e Villey afirmaram que estas idéias foram o marco em que o pensamento jurídico e político passou a se centrar no soberano e no indivíduo e seus respectivos direitos e poderes.

A este pensamento se somou ainda o da escolástica, principalmente espanhola, que via o *jus* não mais objetivamente como o justo, mas como uma concepção individualista, isto é, como uma faculdade inerente a todo homem de agir sobre o que possui, idéia esta amplamente difundida por Grócio de que o direito natural seria o que fosse ditado pela reta razão. (DOUZINAS, 2009, p. 75-77)

A transformação da justiça como um fator objetivo para um subjetivo (daí a noção de direito subjetivo) se deu através da mutação da idéia de razão humana como descobridora do justo, pela de razão humana como centro da vontade. Esta concepção se afinava bastante com a nova conjuntura capitalista que se formava e foi aproveitada pelos pensadores como Hobbes, Locke e Rousseau. Como aponta Sarlet, a teoria dos direitos naturais como ponto de partida da teoria dos direitos humanos chega a seu ápice com o contratualismo a partir dos séculos XVI até o XVIII³⁸ (SARLET, 2004, p. 45). A partir desta mudança de concepções o direito passa a ser descoberto ou produzido através do raciocínio científico humano que reconheceria na vontade dos indivíduos os direitos inalienáveis, universais e eternos. Conforme a ponta Trindade:

³⁸ Comparato destaca isoladamente a filosofia de Kant como marco para a compreensão dos direitos humanos como universais, anteriores e superiores a todo ordenamento do Estado devido sua característica de racionalidade que faz com que o ser humano seja o único a possuir autonomia, valores e vontade e assim seja um fim em si mesmo, diferentemente das coisas que possuem apenas valores relativos, dependentes dos valores alheios e servem como meio para vontades alheias. A autonomia inerente apenas ao ser humano é o que o capacita a guiar-se pelas leis que ele próprio edita. É neste sentido que Kant afirma que todo ser humano tem dignidade e não um preço. (COMPARATO, 2005, p. 21-22) Bobbio dá destaque também a Kant ao afirmar que provém dele a concepção de que todos os direitos derivam da liberdade que é o direito natural por excelência, direito este que só tem limite na liberdade de outrem. (BOBBIO, 2004, p. 47)

Esta razão triunfante busca a liberdade, estado primordial do homem; a natureza mostra que todos os homens nascem iguais, por isso todo privilégio é antinatural; as pessoas podem estabelecer as cláusulas do contrato que institui a sociedade; o indivíduo, portador de direitos imanes (porque naturais), deve ser protegido do poder absoluto pela repartição do poder; a intolerância religiosa deve ser abolida, e o Estado, governado de acordo com a vontade geral, por isso as leis devem ser iguais para todos – e por aí vai. (TRINDADE, 2002, p. 37)

É certo que o pensamento da época não era tão homogêneo assim, havia opiniões diversas, por exemplo, sobre o estado de natureza, sobre a natureza humana, dentre outros. Mas se pode afirmar que havia em comum a tese da existência de um estado natural em que a verdadeira natureza humana poderia ser extraída e em que se pode buscar a razão e o modo como as pessoas se uniram em sociedade e quais seriam os fins desta reunião e que tudo o mais que se desse socialmente seria legitimado à medida deste contrato inicial, a partir da convenção de vontades.

Como se nota, construiu-se um modelo, quase um instrumento, para que se pudesse conhecer e explicar racionalmente a origem, as razões e os fins da sociedade. Modelo que fosse capaz de servir de parâmetro para a engrenagem de uma nova sociedade que surgia dos destroços do feudalismo e da Idade Média. É por isto que muitos autores hoje afirmam que a Modernidade foi um projeto desenvolvido principalmente a partir dos pensadores Iluministas que foi apropriado com muita facilidade pelo capitalismo (SANTOS, 1999, p. 77). A idéia de direitos humanos foi muito útil ao capitalismo para libertar a população dos laços servis e lançá-la ao mercado como mão-de-obra livre, bem como para deslegitimar o poder político da nobreza e clero, para ser apoderado pelos burgueses. A Revolução Francesa foi emblemática pelo uso da noção dos direitos humanos para a nova conformação de sociedade, economia e poder.

A Revolução Francesa foi uma revolução burguesa dada em um ambiente em que, com o desenvolvimento do capitalismo, havia uma progressiva substituição da estratificação social (antes baseada no privilégio do nascimento), para uma em que se baseava na posição das pessoas na economia (TRINDADE, 2002. p. 31). Estas transformações fizeram com que se consolidasse o discurso de que os seres humanos deveriam não mais ser medidos pelos

privilégios de nascimento, mas sim por suas capacidades, assim legitimou-se a ascensão da burguesia ao poder através da Revolução Francesa³⁹.

Em princípio esta fala era muito sedutora às classes obreiras, pois o fim dos privilégios de nascimento também lhes abria a possibilidade virtual de ascender ao poder. Os burgueses se uniram às camadas populares para dirigir a luta contra a nobreza sobrevivente do feudalismo (AVELÃS NUNES, 2007, p. 144), porém, quando aqueles ascenderam ao poder, restringiram o alcance do seu lema apenas à liberdade liberal. Muitos foram os fatos históricos que exemplificaram a exclusão dos interesses do povo trabalhador com a consolidação da Revolução Francesa, a perseguição e massacre dos jacobinos e dos *sans-culottes*, no que foi chamado por Trindade de “Terror da direita” (TRINDADE, 2002, p. 69). Assim como a substituição da constituição jacobina de 1793 pela de 1795 foram prova suficiente de que a revolução seria burguesa e não alcançaria os clamores operários.

Trindade ilustra bem os direitos alcançados na Revolução Francesa a partir das constituições que foram aprovadas em seu contexto. A primeira constituição, a de 1791 contemplava quase com exclusividade o direito à liberdade liberal e à propriedade, e muito pouco falava da igualdade - e a esta não cabia nenhuma proteção especial como a liberdade e a propriedade - o voto era censitário, e não havia qualquer consideração quanto ao trabalho como direito. Tampouco como a proibição a determinados tipos de trabalho, como o escravo (que ainda era uma realidade dramática àquele tempo)⁴⁰.

A segunda constituição, a de 1793, foi a primeira a ser aprovada por referendo popular e se deu no contexto do chamado “terror jacobino”. Esta constituição foi aprovada sob a

³⁹ Segundo Avelãs Nunes, o protagonismo histórico da Revolução Francesa se dá porque dentre todas as revoluções burguesas verificadas (Holanda, séc. XVI, Inglaterra séc. XVII, América, séc. XVIII, Alemanha e Itália sec. XIX...) é a francesa que demonstra não só seu caráter exemplar, como aplica as suas mudanças de forma universal e distingue o jogo de compromissos que levaram a burguesia a alcançar o poder. (AVELÃS NUNES, 2007, p. 141)

⁴⁰ [...]os quatro “direitos naturais” enunciados no art. 2º (liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão) são contemplados desigualmente na Declaração. A liberdade recebeu sete artigos: o 4º e 5º definem seus contornos gerais, o 7º, o 8º e o 9º tratam da liberdade individual, o artigo 10 refere-se à liberdade de opinião e o 11, à liberdade de expressão. A propriedade só é abordada no artigo 17, mas beneficia-se de um tratamento enfaticamente protecionista e privatista – note-se que é o único direito qualificado como “inviolável e sagrado”. A segurança só é contemplada no artigo 12, e de modo visivelmente menos relevante. Quanto aos direitos de resistência à opressão, a Declaração nada lhe dedicou, a não ser a menção inicial. Há uma ausência memorável, a igualdade não figurou entre os direitos “naturais e imprescritíveis” proclamados no artigo 2º, muito menos foi elevada ao patamar de sagrada e inviolável, como fizeram com a propriedade. Além disso, quando mencionados depois, o foi com um certo sentido: os homens são iguais - mas “em direitos” (artigo 1º), perante a lei (artigo 6º) e perante o fisco (artigo 13). Assim, a igualdade de que cuida a Declaração é igualdade civil (fim da distinção jurídica baseada no status de nascimento). Nenhum propósito de estendê-la ao terreno social, ou de condenar a desigualdade econômica real que aumentava a olhos vistos no país. (TRINDADE, 2002, p. 54-55)

pressão dos *sans-culotte* e dos jacobinos radicais e apresentava pontos bastante avançados socialmente em relação aos silêncios eloqüentes da constituição anterior, bem como da posterior. A primeira e a segunda constituição foram a que marcaram o real sentido da Revolução francesa, sendo a Constituição de 1793 apenas uma tentativa de realmente instituir o marco inicial dos direitos sociais que ficou na história como apenas um documento de curta vigência legislativa e de nenhuma vigência prática. A Constituição de 1793 sucumbiu ao “terror jacobino” quando foi suspensa por motivos de guerra e quando os próprios líderes e população que a referendaram foram perseguidos por Robespierre, líder da direita jacobina. Trindade expõe com bastante detalhe o espírito da Constituição de 1793 bem como as enormes diferenças entre o espírito da constituição anterior:

Essa constituição estava dividida em duas partes, uma “Declaração dos direitos do homem e do Cidadão”, de 35 artigos, seguida de um “Ato constitucinal” com mais 124 artigos. Além de todos os direitos, deveres e liberdades previstos na declaração de agosto de 1789, a nova Declaração introdutória desta Constituição iniciava-se com a afirmação solene, já no artigo 1º, de que “o fim da sociedade é a felicidade comum”, e colocava a igualdade (artigo 2º) entre os direitos naturais imprescritíveis – no mesmo nível da propriedade, liberdade e segurança. Mantinha a igualdade civil das Declarações de 1789 e bania a distinção política entre cidadãos “ativos” e “passivos” que fora gravada em três artigos do título III, capítulo I da Constituição de 1791. No artigo 18, proibia a compra e venda de seres humanos e abolia a servidão doméstica (mantida na Constituição anterior, título III, capítulo I). Instituíu, no artigo 21, a assistência social como “dívida sagrada” e reconhecia o direito do trabalho. Erigia a instrução pública (artigo 22) a direito de todos os cidadãos. Indicava (artigo 23) que os direitos de cada um deviam ser operantes, assegurados pela ação de todos. O último artigo dessa Declaração introdutória era flamejante: “Sempre que o Governo viola os direitos do povo, a insurreição constitui, para o povo e para cada porção do povo, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”. Na segunda parte desta constituição – o Ato Constitucional – vários artigos (2º, 7º e 8º) consagravam o princípio da soberania popular (na Constituição de 1791, artigos 1º e 2º do título III, a soberania pertencia à Nação). No artigo 4º, o Ato Constitucional acabava com o requisito de pagamento de uma importância em dinheiro para adquirir a condição de cidadão (previsto no título III, capítulo I, da outra Constituição.) O princípio do sufrágio universal decorria do espírito que perpassava vários artigos (4º, 7º, 8º, 11, 32 e 37), e o princípio da elegibilidade universal estava consagrado no artigo 28. A imunidade criminal dos parlamentares por opiniões expressadas dentro do corpo legislativo estava assegurada no artigo 43. O ato combinava a democracia representativa (artigos 8º e 9º) com formas amplas de democracia direta: de acordo com os artigos 57 a 60, todas as leis deveriam ser aprovadas provisoriamente pelo parlamento e remetidas a todas as comunas da República, só passando a vigorar se não fossem contestadas pelas assembleias primárias de eleitores. A República era organizada de modo parlamentarista (artigo 65). Todos os juízes e administradores eram eleitos (artigo 79 e 80). A publicidade era assegurada no último artigo: “A declaração dos direitos e o Ato Constitucional ficam gravados em tábuas no interior do Corpo legislativo e nas praças públicas”. (TRINDADE, 2002, p. 66-67)

Após a dura repressão de Robespierre, os *sans-culotte* e a esquerda jacobina perderam fôlego e uma nova maioria de direita formou-se entre os deputados da Convenção

Nacional, retirando aqueles do poder. Como afirma Trindade: “Terminava o terror “de esquerda”, começava o terror “de direita”” (TRINDADE, 2002, p. 69). O terror de direita se deu com o massacre por toda a França dos *sans-culotte* e dos jacobinos, bem como com o massacre da população, através do crescimento da miséria devido à liberalização da economia e a extinção do controle de preços. Foi neste contexto de dura repressão que a Constituição de 1795 foi aprovada.

Houve um nítido retrocesso social no texto da Constituição de 1795⁴¹. Houve uma significativa diminuição do acesso e da representatividade popular, o sentido da igualdade passou a se restringir a apenas a igualdade perante a lei, o direito de insurreição foi extinto e o trabalho apenas era contemplado como um dos meios reconhecidos para a aquisição da propriedade. O texto da Constituição de 1795 transparecia o nítido desprezo da burguesia liberal pelo povo com base na pretensa legitimidade de direitos ideais e virtuais num cenário de desregulamentação e liberdade que piorava gradativamente a situação de vida do povo, que já era crítica.

A liberdade realmente aceita na época era a de que qualquer um poderia se tornar burguês através do trabalho, os que não conseguissem eram tidos como incapazes. Avelãs Nunes cita vários trechos de políticos e pensadores da revolução Francesa que comprovam isto, dentre eles Benjamin Constant, Voltaire, Diderot e Rousseau (AVELÃS NUNES, 2007, p. 156-158). O pensamento predominante entre os burgueses é ilustrado por Constant: “[...] aqueles que, por sua pobreza, se vêem condenados a uma dependência constante, ou ao trabalho à jorna, não possuem mais Inteligência do que as crianças, nem estão mais interessados do que os estrangeiros no bem-estar nacional.” (CONSTANT *apud* AVELÃS NUNES, 2007, p. 147). Este pensamento restringiu o acesso aos direitos civis às mulheres, aos filhos e aos trabalhadores, pois se são economicamente dependentes, seus interesses só poderiam ser os do pai de família ou o do patrão. (AVELÃS NUNES, 2007, p. 147).

⁴¹ Começava com uma declaração de direito se deveres que desde logo contemplava no artigo 5º a propriedade com uma definição de sentido individualista e sem limitações, como nas constituições anteriores: “A propriedade é o direito de desfrutar e dispor de seus bens, rendas, do fruto do seu trabalho e da indústria.” O artigo 8º da Declaração de deveres indicava o fundamento da sociedade: “É na manutenção das propriedades que repousam a cultura das terras, todas as produções, todo meio de trabalho e toda a ordem social”. Para alguém obter a condição de cidadão a Constituição passava a exigir o pagamento de “uma contribuição direta, territorial ou pessoal”. O enunciado solene do artigo 1º da Declaração de 1789 (“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”) foi abandonado e, na Constituição de 1795, substituído (artigo 3º) por: “A igualdade consiste no fato de a lei ser igual para todos”. (TRINDADE, 2002, p.70-71)

Aqueles que não conseguiam se inserir nesta lógica de liberdade de ser burguês e não conseguiam nem o acesso ao trabalho (para ao menos vislumbrar ao longe esta liberdade) eram jogados, nos asilos ou *workhouses*, onde eram isolados não só da sociedade como de suas famílias e em que não se tinha acesso nem ao direito liberal de liberdade pessoal (TRINDADE, 2002, p. 88). Como dito, a Revolução Francesa, bem como a Revolução Industrial inglesa, foram um emblema da época, a mesma lógica quanto aos direitos alcançados nestas revoluções pode ser evidenciada nas constituições do período em que há uma marcante ideologia individualista. Perez Luño faz um apanhado de algumas constituições da época e conclui que:

De ahí que los derechos del hombre, que con tanta generosidad y amplitud formal reconocen estos documentos, no sean los derechos de todos los hombres [...] Los derechos proclamados en aquellos textos eran considerados como patrimonio del individuo en su condición presocial. (LUÑO, 2007, p. 38)

Era esta condição pré-social apontada por Luño que realmente importava à época, era ela que através de uma ficção (de um estado de natureza em que se poderia seguramente encontrar a essência humana) legitimava os direitos e os interesses burgueses, desconsiderando toda a realidade social existente à volta. A defesa desta condição pré-social pode ser vista na Lei de Chapelier que proibia o estabelecimento e funcionamento de qualquer corporação de cidadãos de mesmo estado e profissão sob qualquer forma e pretexto (art. 1º), qualquer acordo entre seus pretensos interesses comuns (art. 2º). Como qualquer ação dos operários em relação ao que se entendia ser o livre exercício da indústria e do trabalho individual (art. 7º e 8º) (AVELÃS NUNES, 2007, p. 149). Minou-se assim qualquer forma de associação, sindicato ou de defesa dos trabalhadores na conjuntura desigual da sociedade, sob o pretexto de que:

No plano filosófico-político, aí se afirmava, na esteira de Rousseau: “Não há corporações dentro do Estado. Há apenas o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral. Não é permitido a ninguém inspirar os cidadãos um interesse intermédio, separá-los da coisa pública por um espírito de corporação”. Daí a conclusão lógica de que “cabe às convenções livres de indivíduo para indivíduo fixar o salário de cada trabalhador.” (AVELÃS NUNES, 2007, p. 149)

Se a história dos direitos humanos pode remontar à Antiguidade, não se pode afirmar o mesmo da história dos direitos humanos quanto direitos sociais. Mesmo em face dos debates quanto à essência humana, seus direitos e sua liberdade, desde a Antiguidade até a própria

Revolução Francesa, estes direitos não atingiram uma grande quantidade de seres humanos. Isto por que ou estes seres não eram considerados como tal (como se dava na situação dos escravos desde a Antiguidade até a própria época da Revolução Francesa); ou por que, como se pensou no Medievo, esta liberdade e igualdade só se davam no plano divino; ou por que na prática esta liberdade e igualdade sofriam com bastantes entraves de ordem econômica para se concretizar. Se na Antiguidade ou Medievo os trabalhadores eram juridicamente coagidos pelos institutos da escravidão e servidão, na Modernidade esta coação era econômica, colocavam-se os trabalhadores objetivamente em situação de dependência à mercê dos interesses empresários que eram vistos como interesse geral.

Até a Revolução Francesa pouco se modificou quanto à situação do ser humano que trabalha, porém, pode-se apontar que foi naquela Revolução que foram lançadas as sementes para a luta pelo reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos. A Revolução Francesa substituiu a legitimação do poder calcada em Deus ou nos privilégios de sangue, pela legitimação do poder pelo reconhecimento de determinados direitos que são inerentes à humanidade, isto é, pela noção de direitos humanos. Nas palavras de DOUZINAS: “[...] substituiu a soberania monárquica pela popular e abriu espaço político para discussão e crítica com base na igualdade do cidadão como um pré-requisito da liberdade.” (DOUZINAS, 2009, p. 183). A abertura dada por esta transferência de fundamento do poder é bem expressa pelas várias lutas travadas no contexto da Revolução Francesa não só pela burguesia, mas também pelo proletariado, conforme a firma Trindade, a burguesia havia ensinado que era legítimo fazer revoluções contra a opressão (TRINDADE, 2002, p. 130). As reivindicações proletárias, porém, acabaram por ser sufocadas, consolidando-se então o discurso burguês de que os direitos humanos, isto é, a base de legitimação da sociedade, eram apenas os direitos liberais.

A ascensão de Bonaparte ao poder (facilitada pela burguesia francesa para impor o programa liberal de 1789 e 1791) foi a grande síntese do resultado da Revolução Francesa: igualdade civil e liberdade individual no papel⁴². O Código Civil Napoleônico foi o emblema da Revolução Francesa para o direito, uma lei patrimonialista, em que cerca de 80% dos seus dispositivos tratavam sobre a propriedade e que não instituía qualquer direito social (TRINDADE, 2002, p. 75-76). O legado jurídico revolucionário foi um modelo de normas

⁴² Nem as prerrogativas mínimas de liberdade individual e igualdade civil foram estendidas a todos. Napoleão reinstaurou a escravidão em 1802, cedendo a pressões de fazendeiros franceses das Antilhas. O voto não era de fato universal, pois sempre havia um impedimento censitário para tal, bem como impedimentos relativos ao gênero (TRINDADE, 2002, p. 77; COMPARATO, 2005, p. 22)

que servia mais ao capitalismo do que à população, o resultado da Revolução Francesa foi mais uma repressão aos direitos humanos dos trabalhadores do que uma conquista.

A luta e a decepção em relação ao que se converteu a Revolução Francesa fez surgir a consciência do proletariado sobre o lugar que o capitalismo lhe reservava. O proletariado começou a buscar um projeto social que atendesse aos interesses daquela maioria oprimida⁴³. O resultado do processo de industrialização da produção e das economias, que tem por emblema a Revolução Industrial inglesa, é prova de que os direitos liberais conquistados na Revolução Francesa e em constituições congêneres, não foram só insuficientes para a classe trabalhadora, mas geraram um dos piores cenários de aviltamento dos direitos dos trabalhadores na História. Trindade aponta a Revolução Industrial como o primeiro grande momento de crise dos direitos humanos (TRINDADE, 2002, p. 80). A inserção de máquinas na produção não só substituiu parcela da força de trabalho, como exigiu dos trabalhadores um rendimento similar ao destas. A industrialização não facilitou o trabalho executado pelo humano, ela reificou estes seres ao exigir-lhes padrões mecanizados, ao desconsiderar sua natureza de ser vivo, que precisa de alimento, descanso, moradia, lazer... dignidade.

As condições desumanas de trabalho não eram exclusividade da Inglaterra⁴⁴. Nunes demonstra a situação social da França com sua industrialização através dos inquéritos à situação das classes trabalhadoras efetuados pelo Dr. Villermé em 1840:

Em Mulhouse as oficinas abriam às cinco horas, com uma hora e meia para o almoço (...) Em Ruão, a jornada normal é de 15 horas e meia e os operários da tecelagem do algodão chegaram a trabalhar 17 horas [...] permanecem 16 a 17 horas de pé por dia, das quais treze pelo menos numa divisão fechada, quase sem mudança de lugar ou de posição. Não se trata de um trabalho, de uma função é uma tortura; e é infligida a crianças de 6 a 8 anos, mal alimentadas, mal vestidas, obrigadas a percorrer, desde as cinco horas da manhã, a distância enorme que as separa das oficinas, e que o regresso, á noite, dessas mesmas oficinas, acaba por esgotar completamente [...] É preciso Vê-los chegar todas as manhãs e partir à noite. Há entre eles uma multidão de mulheres pálidas, magras, caminhando descalças no meio da lama (...) e, um número ainda maior de crianças não menos macilentas, cobertas de andrajos engordurados pelo óleo que das máquinas cai sobre eles quando trabalham (...). trazem na mão ou escondem sob a roupa, como podem, o pedaço de pão que os alimentará até à hora do regresso à casa. (VILLERMÉ *apud* AVELÃS NUNES, 2007, p. 161-162)

⁴³ Exemplo de busca por um novo projeto social foi a Revolta e Manifesto dos Iguais que pregava a abolição da propriedade privada e a distribuição equitativa da produção. Este, comandado por Babeuf, foi exemplarmente reprimido com participação, inclusive de Napoleão Bonaparte. (TRINDADE, 2002, p. 73-74).

⁴⁴ A industrialização foi sentida em outros países ao longo da primeira metade do século XIX não só ao longo da Europa continental, bem como em parte da América do Norte. No fim do século XIX, o descobrimento de novas técnicas e fontes de energia generalizou o emprego da ciência na produção e a industrialização se intensificou nas áreas já citadas, bem como no Japão. Este fenômeno foi chamado de Segunda Revolução Industrial. (TRINDADE, 2002, p. 83-84)

Se a possibilidade do reconhecimento de direitos sociais começou a se definir virtualmente com as revoluções burguesas, estas ainda ensejaram um cenário de exploração do trabalhador, em que o aviltamento de suas condições de vida era tanto que a revolta e o sentimento de mudança permitiu o início fático da história da luta pelos direitos humanos sociais. Se a Revolução Francesa não foi o marco para conquistas e reconhecimento dos direitos sociais, pode ser considerada, junto com a Revolução Industrial, marco para o início das lutas proletárias em prol destes direitos. Lutas que ainda não cessaram na história, mas que encontraram alguns apoios e conquistas.

Enquanto a indústria crescia na Inglaterra, também se formavam várias associações operárias que visavam assegurar proteção aos seus associados, bem como fazer frente à baixa de salários, recorrendo inclusive à greve. A insatisfação obreira quanto as suas condições de vida também gerou revoltas desorganizadas contra as máquinas, literalmente destruindo-las, a exemplo do Movimento Ludista. Este cenário levou a que em 1824-1825 fossem aprovadas leis que autorizavam o funcionamento de sindicatos e a greve pacífica. Notou-se também grande expansão do cooperativismo sob a influência de Robert Owen, bem como houve à época a criação do primeiro partido operário da história, o Partido Cartista. (AVELÃS NUNES, 2007, p. 136-138). Na França, a industrialização também legou um cenário insustentável em que se poderia escolher entre morrer trabalhando, ou morrer lutando em favor de melhoras sociais. A Conspiração dos Iguais, A Revolução Operária em Lyon em prol de um salário mínimo, a Revolução de 1848 (a qual instituiu um governo provisório que, através de pressões, reconheceu o direito ao trabalho, não mais como a simples liberdade de trabalhar, mas como a garantia aos trabalhadores de existência pelo trabalho) e a Comuna de Paris, não conseguiram instituir uma nova ordem pautada em parâmetros de justiça social. No entanto, foram grandes passos para conquista de alguns direitos, como a redução de jornada de trabalho, reconhecimento ao direito de greve, e a fixação de idade mínima para admissão de crianças no trabalho (AVELÃS NUNES, 2007, p. 164-167; SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1991, p. 45), ou pelo menos, demonstraram a importância e a força política da classe de pessoas que trabalham⁴⁵.

⁴⁵ Outros eventos históricos, no mesmo sentido do que ocorreu na França e Inglaterra, podem ser apontados pelo mundo. Servem de exemplo: a fundação da primeira sociedade operária na Suíça em 1833; fundação de associações operárias e reconhecimento da liberdade de associação e reunião em 1849 na Noruega; primeiro e segundo congressos da Internacional Socialista (1864; 1867) na Suíça; fundação da Associação Geral dos Trabalhadores na Alemanha (1861); Congresso Operário em Nova Iorque nos Estados Unidos (1866); fundação da Aliança Internacional Anarquista na Bélgica (1868); fundação da American Federation of Labor nos Estados Unidos (1881); surgimento da Liga Setentrional dos Operários Russos (1877); Grande Greve de Lodz na Rússia

O reconhecimento dos direitos humanos sociais está atrelado à história de degradação das condições de vida do trabalhador e sua insurgência contra a exploração e ao reconhecimento da importância do proletariado – no reconhecimento do valor social e econômico do trabalho - não só pela sociedade, mas muito mais na própria consciência destes. O movimento socialista tem grande relevância neste momento por centralizar a crítica ao sistema de exploração do trabalho e à desigualdade social, promover a consciência de classe e ser um suporte teórico para a luta em prol de direitos que materializassem igualdade e liberdade a todos.

Marx critica ferreamente a concepção dominante de direitos humanos como entidades não históricas, naturais e metafísicas, afirmando que estes só serviam como ideologia para encobrir e legitimar a exploração capitalista do homem pelo homem. Assim, Marx introduz uma concepção mais realista sobre estes direitos e não mais os coloca como fins, mas como meios para se alcançar o término da dominação burguesa. Perez Luño aponta o Manifesto Comunista como a carta que ilustrava os novos direitos exigidos pelos trabalhadores (LUÑO, 2007, p. 38). Assim determinados direitos, destacadamente os direitos políticos e sociais passam a ser vistos como uma poderosa ferramenta política, conforme explicita Manuel Atienza:

La argumentación de Marx partía del presupuesto de que la burguesía, para servir a su propio comercio e industria no tenía más remedio que hacer surgir, a su pesar, condiciones - como la libertad de pensamiento, de creencias, de asociación, etc. - que podrían ser aprovechadas por los obreros como medios para la consecución del objetivo final: la revolución proletaria. En uno de los artículos que aparecen en la Gaceta alemana de Bruselas, Marx escribía que el régimen burgués - como ejemplos, ponía los casos de Inglaterra, Francia y los Estados Unidos - proporcionaba al proletariado armas completamente nuevas en su lucha, así como una posición por entero diferente de la de un partido reconocido. (ATIENZA, 1983, p. 115)

O socialismo serviu não só como referencial teórico para a organização de várias associações, partidos e sindicatos em torno do mundo como apresentou ameaça concreta ao sistema capitalista em face da Revolução Russa e a ascensão de governos socialistas pelo mundo. Segundo Hobsbawm a Revolução Russa representou muito mais a possibilidade da

(1892); fixação de jornada de trabalho em 11 horas e meia na Rússia (1897); Congresso de Zurich na Suíça com o surgimento da luta em prol da criação de um direito internacional do trabalho (1883); lei de doze horas de trabalho na Áustria-Hungria (1885); criação do seguro social na Alemanha (1890); Encíclica Rerum Novarum do Papa Leão XIII na Itália (1891), dentre outros eventos (SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1991, p. 45-47)

difusão do socialismo pelo mundo do que a própria implantação do socialismo em forma de União Soviética.

Se o socialismo não conseguiu sobreviver como modo de produção, é certo que suas críticas e ideais trouxeram um importante legado à luta obreira, bem como a configuração das instituições capitalistas através da noção dos direitos humanos sociais. Marx chegou a criticar a concepção francesa de direitos do homem que não abarca os direitos dos cidadãos, como consagradora de uma nítida separação entre a sociedade política e a sociedade civil, bem como instrumento de exclusão da classe operária e privilégio dos burgueses. (COMPARATO, 2006, p. 176). O discurso liberal dos direitos humanos já não era mais tão sedutor aos trabalhadores, conforme aponta Trindade:

Para a imensa maioria dos habitantes do planeta, ele não passava de eco longínquo vindo de alguns países da Europa Ocidental ou da América – e, mesmo nessas regiões, representava, de fato, pouco mais que ficção jurídica para a maioria dos humanos. [...] Para os pobres, a igualdade civil fora de muito pouco proveito prático – a não ser a de colocá-los “em pé de igualdade” para travar relações contratuais de trabalho com os seus patrões. [...] O que a burguesia fizera conhecer como direitos “humanos” mal transbordava o estatuto jurídico dos seus interesses de classe e do seu domínio na sociedade: direito de propriedade, livre iniciativa empresarial, liberdade de explorar a força de trabalho alheia, liberdade de comércio, garantias censitárias de hegemonia estatal etc. [...] os direitos humanos reduziam-se a Isto: uma *ideologia*, no sentido de discurso legitimador da nova dominação de classe (TRINDADE, 2002, p. 130-131)

A constituição do México, fruto da insatisfação com a ordem liberal e da tensão dos movimentos operários sob inspiração leninista, pode ser apontada como primeira constituição a contemplar um elenco significativo dos direitos sociais do trabalhador. Esta constituição foi resultado do cenário de tensão social no México devido à grande concentração fundiária e exploração dos trabalhadores locais⁴⁶. A Constituição Mexicana foi a primeira a elevar a nível constitucional direitos sociais com ênfase na proteção dos trabalhadores na tentativa de conciliar o capitalismo com as novas exigências sociais surgidas com a ameaça socialista. Contemplou-se a jornada de trabalho, o salário mínimo, a proteção ao salário, a participação nos lucros da empresa, a proteção especial ao trabalho das mulheres e dos menores, a garantia de emprego, a isonomia salarial, o direito sindical, o contrato coletivo de trabalho, a greve, a previdência social, a higiene e segurança no trabalho e a proteção à família do trabalhador. (SUSSEKIND, 2010, p. 14)

⁴⁶ As revoltas no México foram encabeçadas por Emiliano Zapata no sul e Pancho Villa no norte e beiraram numa mudança sucessiva de governo, que resultou em um governo de pacificação e na Constituição mexicana de 1917

Na esteira da Constituição Mexicana, a Alemanha promulgou a Constituição de Weimar de 1919 logo após sua saída da Primeira Guerra Mundial e em um cenário de insurgências sociais de inspiração socialista⁴⁷. Esta Constituição, fruto da pressão socialista e da tentativa de conciliar os clamores sociais com o capitalismo, trouxe em seu bojo um capítulo sobre a ordem econômica e social, previu a criação de conselhos de trabalhadores nas empresas, nos distritos e no Reich, bem como o conselho econômico nacional, assegurou a liberdade sindical e pôs o trabalho sob proteção especial estatal (SUSSEKIND, 2010, p. 14)

Ambas as constituições citadas serviram de paradigma para várias outras constituições no mundo, porém ainda se pode citar como grande fonte de influência o Tratado de Versalhes, que instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e enumerou os princípios fundamentais do direito do Trabalho, citados por Sussekind:

O art. 427 do precitado tratado de paz, consagrador do Direito do trabalho como um dos ramos da enciclopédia jurídica, adotou os seguintes princípios: 1º) o trabalho não há de ser considerado mercadoria (princípio da dignidade do trabalho humano); 2º) direito de associação; 3º) salário capaz de assegurar um nível de vida conveniente; 4º) jornada de 8 horas ou duração semanal de trabalho de 48 horas; 5º) descanso semanal preferentemente aos domingos; 6º supressão do trabalho das crianças e proteção especial ao trabalho do menor; 7º) igualdade salarial entre o homem e a mulher; 8º) isonomia entre o nacional e o estrangeiro para as condições de trabalho estatuídas em lei; 9º) serviço de inspeção para assegurar a aplicação das leis e regulamentos de proteção aos trabalhadores. (SUSSEKIND, 2010, p. 14)

A recepção do direito do Trabalho pelo Tratado de Versalhes em 1919, bem como a criação da OIT são emblemas da conjuntura do capitalismo da época. O socialismo estava em alta, não só pela Revolução Russa, como também pelas manifestações sociais em vários países. Este contexto pressionava o capitalismo e a sociedade exigia respostas. Forçou-se assim a incorporação jurídica dos direitos econômicos e sociais e internamente já surgiam vozes de que este reconhecimento era um aperfeiçoamento do próprio capitalismo, havendo até quem lançasse a tese da convergência entre capitalismo e socialismo (AVELÃS NUNES, 2007, p. 242-244). Até a Igreja Católica teve de se pronunciar quanto às várias mudanças sociais e novas ideias. E, na tentativa de combater o socialismo, visto como ateu e subversivo, lançou bases para o apaziguamento dos ânimos obreiros, com determinados posicionamentos. Tais como a Encíclica *Rerum Novarum*, lamentando os males sociais produzidos pelo

⁴⁷ Houve uma rebelião naval que desembocou em uma guerra civil que constituiu conselhos de soldados e operários segundo o modelo soviético. Uma “República Democrática Socialista” era proclamada na Baviera, com base em um governo provisório denominado de Conselho dos Delegados do Povo. Convocou-se uma assembléia nacional constituinte em que se deu uma composição, surpreendentemente, minoritária dos socialistas. (COMPARATO, 2006, p. 186-187)

capitalismo, não obstante admitindo que a existência de propriedade e de classes sociais era natural e intrínseca ao ser humano. (TRINDADE, 2002, p. 149)

Ao cenário de maior reconhecimento dos direitos dos trabalhadores somam-se as próprias crises do capitalismo de superprodução e subconsumo. A profundidade da crise de 1929 para os países capitalistas, frente à constatação de que a União Soviética não havia sofrido nenhum impacto com a crise, bem como somada às críticas keynesianas⁴⁸ fizeram com que o trabalho gozasse de uma importância jamais vista na história do capitalismo. Abrindo espaço para o reconhecimento maciço de direitos sociais⁴⁹ e da implantação de todo um suporte estatal em prol destes direitos que acabou beirando na figura que se conhece hoje como o Estado de Bem-Estar Social (EBES) ou o *Welfare State*.

Ocorre que, passada a crise de 1929, e com o reerguimento das economias capitalistas à base da cartilha de Keynes – de controle da economia, intervenção estatal, valorização do trabalho e dos serviços públicos e desenvolvimento do setor produtivo em detrimento do especulativo – o mundo se viu, no início da década de 1970, em um período de inflação crescente. Com aumento da taxa de desemprego e de taxas de crescimento baixas, fenômeno que se denominou de “estagflação” (AVELÃS NUNES, 2007, P. 590). Os neoliberais aproveitaram-se desta conjuntura em que os keynesianos estavam desnorteados com o paradoxo da estagflação, bem como a decadência do contraponto socialista com a queda do muro de Berlin, a intensificação da globalização e uma nova fase de reestruturação produtiva à base de menos empregos e custos e promoveram um incisivo ataque ao modelo econômico keynesiano, incluindo-se aí a figura do Estado de Bem-Estar social⁵⁰.

A chamada ascensão monetarista ou contra-revolução monetarista ou neoliberal apresentou um retrocesso para o reconhecimento e gozo dos direitos humanos sociais. O retorno das lógicas liberais do desemprego voluntário e da função ótima do mercado livre e do

⁴⁸ Em linhas gerais, o Keynes afirmava que a crise de 1929 se deu pela concentração de capital que não foi investido em setores produtivos, gerando desemprego e baixa na demanda de consumo, criando um ciclo vicioso de encolhimento da economia. Keynes previa como importante medida o estímulo ao emprego para aquecer o mercado consumidor, bem como a produção e retirar a economia capitalista da crise. Este tema será melhor abordado em capítulo posterior.

⁴⁹ Note-se, porém, que por outro lado a conjuntura do pós Primeira Guerra e da crise do capitalismo de 1929 foi palco da ascensão da extrema direita fascista em vários países, gerando uma enorme crise dos direitos humanos como um todo. Este cenário, porém, não contamina a ascensão dos direitos sociais nos Estados de Bem-Estar Social, posto que sejam realidades distintas, porém próximas historicamente.

⁵⁰ A crise de 1970/1980 será mais bem estudada posteriormente, bem como se procurará entender que esta se deveu muito mais a fatores externos do que à própria lógica keynesiana de valorização do trabalho. Procurar-se-á demonstrar que o contraponto neoliberal não resolveu as questões sociais da crise de 70, como o desemprego, tampouco resolveu duradouramente as questões econômicas que geram as crises cíclicas do capitalismo de superprodução e subconsumo.

interesse individual colidiu frontalmente com a lógica de garantias de direitos humanos sociais indisponíveis ao trabalhador, bem como com a estrutura que lhe dava suporte: o Estado de Bem-Estar Social. Como disse Herrera Flores, o mundo se encontra em um contexto em que a extensão e generalização do mercado fizeram com que os direitos humanos começassem a ser considerados não mais como direitos do ser humano, mas como custos sociais das empresas. Os quais tem que ser cortados em nome da competitividade (FLORES, 2008, p. 104). Esta mudança de paradigma econômico vem causando bastante perplexidade nos Estados e em seus cidadãos que permanecem sob o pálio de constituições centradas na defesa de direitos sociais, como é o caso brasileiro.

2.2. O que são os direitos humanos e os direitos fundamentais?

O conceito de direitos fundamentais não é daqueles que apresentem, por si só, muitos problemas na doutrina. Em grande parte os direitos fundamentais são compreendidos conforme a doutrina alemã dos *Grundrechte* como um sistema de relações entre o Estado e o indivíduo que fundamentam a ordem jurídico-política e se materializam como uma parcela dos direitos humanos que foram positivados nas constituições do Estado (LUÑO, 2005, p. 32). Há algumas variações doutrinárias que seguem este mesmo sentido, considerando-os como resultado, no direito positivo, das exigências da filosofia dos direitos humanos (Peces-Barba); como direitos políticos subjetivos (Häberle); ou como forma de ideologia política de cada ordenamento jurídico (Hensel) (LUÑO, 2005, p. 33), porém todas estas considerações remetem à ordem positivada como grande característica dos direitos fundamentais⁵¹.

Já os direitos humanos são daquelas categorias de difícil definição. Esta dificuldade que lhe é inerente é uma das responsáveis pelo seu esvaziamento ou até da completa deturpação do seu significado. Há várias correntes que tentam explicar, construir ou desconstruir o significado dos direitos humanos e entender a sua essência, o que este

⁵¹ Esta fundamentalização ou positivação também é reconhecida no âmbito da comunidade Internacional. No âmbito dos direitos sociais trabalhistas salienta-se a redação da Nova Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): “Art. XXIII - 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.”

representa em um contexto fático de diferenças, discrepâncias, afirmação e violações. Não se pode negar, porém, a grande importância do jusnaturalismo e do direito natural para a construção do que dão os direitos humanos, tanto que as principais declarações sobre os direitos humanos, bem como as constituições dos Estados são por ele inspirados. Todas as críticas, sejam positivistas ou realistas, partem dos direitos humanos como construção jusnaturalista.

Como se viu no tópico anterior, o conceito de direitos humanos está intimamente associado ao de direitos naturais Antigo, porém com uma mudança de sentido que dá a tônica do significado que este termo apresenta a partir da Modernidade. Os direitos naturais, transmutados em direitos humanos passaram de um parâmetro objetivo de justiça transcendental, que deveria ser descoberto a cada caso, a o respeito à vontade individual de cada ser, que passa a ser o parâmetro de validade de todas as relações humanas e da sociedade a partir do contratualismo.

Dentre os jusnaturalistas se pode observar várias teorias bastante heterogêneas, principalmente quanto às diferenças já postas entre o direito natural Antigo e Medieval (objetivo) e o Moderno (subjetivo), porém, várias características comuns podem ser apontadas entre estas teorias que forma a essência do jusnaturalismo. Primeiramente considera-se que os direitos naturais correspondem ao ser humano por sua própria natureza, pelo simples fato de existir, sendo assim originários e inalienáveis e, segundo que estes são anteriores e motivam os direitos fundamentais e que estes apenas reconhecem ou declaram os direitos naturais. (LUÑO, 2005, p. 56-57).

A questão dos direitos humanos e fundamentais se situa em um plano completamente distinto para os positivistas. Estes só reconhecem juridicidade às normas estatais, às positivadas. Fora do universo de regras positivadas pelo Estado não existe direito. Esta concepção tem origem em Bethan, que se insurgiu contra o universalismo jusnaturalista da Declaração de direitos de 1789, com a sua célebre tese de que as razões que fundam o desejo de que pretensos direitos se constituam não o fazem direito de *per si*, do mesmo modo que a fome não cria o pão (LUÑO, 2005 p. 58). Por isso, a tese dos direitos naturais como direitos pré-estabelecidos antes do Estado, quando é este próprio que cria o direito, não tem nenhum sentido para esta corrente. Para estes, é o Estado que detêm o monopólio do que seja direito. Austin aprofundou a tese de Bethan na tentativa de explicar o que seriam então os direitos naturais. Defendeu que estes fazem parte do entendimento de moralidade positiva que seria o

conjunto de normas sociais apenas influentes no direito, podendo chegar a sê-lo apenas quando sejam promulgados através de normas que imponham deveres e impliquem sanções. Neste sentido, crer que haja uma ordem jurídica além (e superior) ao direito positivo conduz a um contrassenso do que seria direito, conduz à dissolução da ordem jurídica e à anarquia.

A crítica positivista ao direito natural trouxe à tona o problema da mera enunciação de direitos, que buscavam igualar e libertar e conferir padrões humanos de existência a todos através de uma simples folha de papel. O positivismo, por outro lado, visava combater também, este gérmen de subversão existente na noção dos direitos naturais. O positivismo adequou a concepção jusnaturalista de direitos para uma que não munisse os cidadãos de prerrogativas consideradas superiores ao Estado e assim os legitimassem a subverter a ordem. O positivismo conservou algumas liberdades individuais frente ao Estado com a idéia dos direitos públicos subjetivos, porém de maneira institucionalizada, isto é, de maneira em que a relação Estado-cidadão estivesse sob o controle do próprio Estado. Os direitos públicos subjetivos traduziam uma fórmula que ordenava as estruturas do poder, instaurando relações jurídicas entre o Estado e os particulares que institucionalizava o contrato social e esta teia de direitos e obrigações entre ambos, e entre os cidadãos entre si.

Ainda dentre as mais emblemáticas correntes podem-se citar a realista ou crítica. Sob este título concentram-se várias correntes que partem, porém, da mesma conjuntura e enfoque. O realismo ou as teorias críticas surgem a partir da crise de racionalidade vivida até os tempos atuais como a constatação de que os modelos e a racionalidade sustentados pelas correntes de pensamento anteriormente expostas já não mais podiam responder às inquietações e às necessidades humanas. O jusnaturalismo e todo seu aparato racional para erigir o direito como irresistível e inquestionável não foi capaz de trazer este direito todo poderoso para a vivência social e o positivismo e sua práxis irresistível através do Estado beirou em um dos piores cenários de degradação humana visto na história, o holocausto. Como coloca Wolkmer:

Os paradigmas que produziram um *ethos*, marcado pelo idealismo individual, pelo racionalismo liberal e pelo formalismo positivista, bem como os que mantiveram a logicidade do discurso filosófico, científico e jurídico, têm sua racionalidade questionada e substituída por novos modelos de referência. Esses novos paradigmas estão diretamente vinculados “à crescente complexidade dos conflitos, à heterogeneidade socioeconômica, à concentração e centralização do capital, à expansão do intervencionismo estatal, à hipertrofia do Executivo etc. à medida que a sociedade é vista como um sistema necessariamente conflituoso, tenso e em permanente transformação, toda e qualquer análise passa a ser considerada válida apenas se for capaz de identificar os fatores de mudança responsáveis pela contínua inadequação dos modelos culturais tradicionais – entre eles, o Direito”. (WOLKMER, 2006, p. 2)

A partir do reconhecimento de que a lógica linear moderna do saber jurídico, baseada no paradigma do racionalismo metafísico-natural ou jusnatural e do racionalismo lógico instrumental ou positivista lançaram o homem a mesma ou a maior perplexidade quanto à sua própria humanidade, o realismo buscou colocar a questão dos direitos humanos em termos distintos. Buscou-se refutar os dogmas do racionalismo ético, como assim chama Bobbio, mostrando a ilusão da demonstrabilidade dos valores últimos humanos - posto que estes sejam extremamente complexos, heterogêneos, destinados a pessoas em realidades distintas e cambiantes com o desenrolar histórico - bem como o dogma de que os valores últimos podem ser demonstrados e, assim, tornados em inquestionáveis e irresistíveis (BOBBIO, 2004, p. 37-42). O foco das teorias críticas ou realistas passou a não mais ser o de encontrar o fundamento absoluto dos direitos, mas de buscar na sociedade e em um determinado contexto, os vários fundamentos possíveis (BOBBIO, 2004, p. 43). Os direitos humanos passaram a ser vistos como uma realidade a ser implantada, um processo, não bastando a estes estarem declarados em documentos ou estarem na consciência e cultura humana ou social, tampouco serem reconhecidos pelos Estados. Para os realistas a declaração ou positividade podem ser pontos importantes para o processo de efetivação dos direitos humanos, mas estes direitos não podem se resumir a estas perspectivas. Aponta Luño que, para os realistas:

Será la praxis concreta de los hombres, que son quienes a la postre sufren o se benefician de esos derechos, y quienes con sus comportamientos contribuyen a formarlos em cada situación histórica, la pauta orientadora de su significación [...] Las corrientes realistas acusan de abstracción lo mismo a los iunaturalistas iluministas por situar el problema concreto de la positivación de los derechos fundamentales en el ámbito de los ideales eternos y metafísicos que a los positivistas que lo consideran resuelto con su plasmación en normas formalmente válidas, pero que muchas veces son puras formas carentes de contenido. No es ahí, señalan los realistas, donde hay que situar el problema de la positivación, sino em el plano de las condiciones econômico-sociales que permitan el efectivo disfrute de esos derechos, que no son ideales intemporales, ni fórmulas retóricas, sino el producto de exigências sociales del hombre histórico. Por ello, estiman los autores realistas que la práctica de los derechos fundamentales no debe buscarse exclusivamente em la constitución, sino en las relaciones de poder que les sirven de soporte y que obedecen a determinadas condiciones sociales, económicas y culturales. (LUÑO, 2005, p. 61)

O presente trabalho buscará tratar os direitos humanos sob o prisma do realismo, principalmente na doutrina de Herrera Flores. Flores tenta explicar o que seriam os direitos humanos a partir de três indagações, sobre o “quê”, o “porquê” e o “para que” dos direitos. Quanto ao “quê” de pronto se estabelece que os direitos humanos não são apenas declarações, positivamente ou reconhecimentos, mas sim um processo que pode abarcar (não se resumir a)

estas ações. Os direitos humanos como processos, nunca serão estanques e tampouco partem não de si mesmos, mas dos bens necessários para a vida, e da luta para conseguir-los, bens, exemplificados pelo próprio, como: “[...] expresión, confesión religiosa, educación, vivienda, trabajo, médio ambiente, patrimonio histórico artístico...” (FLORES, 2008, p. 106), neste sentido os direitos se colocam não como fins, mas como instrumentos para o acesso aos bens materiais e imateriais de vida que são cambiantes no processo de humanização.

Esclarecido o “quê”, se pergunta pelo “porquê” da luta através dos direitos humanos para o acesso a estes bens. O porquê dos direitos humanos está na necessidade de todos os seres humanos em ter acesso aos bens exigidos para viver e o porquê de sua luta se encontra no fato de que estes direitos não caem do céu, bem como do fato de que em nossa sociedade o acesso a estes bens é extremamente desigual, ou pior, inteiramente excludente. Como explicita Flores: “¿Ocupan la misma posición en dichos sistemas de división del hacer humano los habitantes de Noruega que los que han nacido en Somalia?” (FLORES, 2008, p. 106). O porquê dos direitos humanos como processo, como luta, se encontra na necessidade de todos em atingir os bens de vida e de combater esta ordem desigual e excludente para serem incluídos nesta “humanização”. Os direitos humanos, assim, deixam de ser apenas uma idealização posta em declarações para se transformar em um instrumento de emancipação⁵².

O objetivo destas lutas, o seu “para que” já se vislumbra nos porquês expostos. Luta-se para se alcançar os bens e meios de vida, luta-se para se estar inseridos neste processo de “humanização”. E o que seria essa “humanização”? Seria apenas o acesso a bens que garantiriam apenas a sobrevivência em quaisquer condições ou seria a luta pelo acesso a bens que garantam condições dignas de vida e não apenas de sobrevivência? O conceito de direitos humanos não pode abarcar um rol de direitos ou o acesso a bens que garantam condições subsaarianas de vida, mas devem contemplar condições de vida que permitam às pessoas autodeterminação. É neste sentido que a luta pelos direitos humanos deve visar o acesso igualitário e generalizado aos bens necessários para uma vida com dignidade. Os direitos humanos devem ser instrumentos e não fins em si mesmos, eles devem existir e atuar em função da dignidade, a partir de vários prismas e facetas, é assim que se dá com o conceito de Flores de direitos humanos como diamante ético. No centro deste diamante encontra-se a

⁵² A busca pela emancipação é uma das características da Crítica, que pode ser compreendida como “aquele conhecimento que não é dogmático, nem permanente, (mas) que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento sem práxis, o conhecimento ‘crítico’ seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade. Somente uma teoria ‘crítica’ pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano.” (PELUSO *apud* WOLKMER, 2006, p. 5)

dignidade da pessoa humana e os seus lados múltiplos demonstram a complexidade dos componentes dos direitos humanos que perfazem, porém, uma unidade coesa, de facetas lapidadas e de elementos passíveis de visualização de qualquer ângulo que se observe.

Estes prismas ou facetas corresponderiam, em uma comparação grosseira, ao que se convencionou chamar gerações, dimensões (SARLET, 2004, p. 52), fases/eras (BOBBIO, 2004, p. 32) grupos (BONAVIDES, 2007, P. 123) ou naipes (ROMITA, 2009a, p. 86) de direitos. Esta comparação, porém, não é perfeita já que estas facetas são iguais, ocupam o mesmo plano e fazem parte de uma realidade indissociável, é assim que o presente estudo trata os diversos direitos humanos, não cabendo aqui falar em gerações ou dimensões, posto que ampla doutrina, mesmo os que mantêm esta denominação, não mais reconhece as diferenças dentre estas categorias, que assim ainda são tratadas por mera questão de didática. Como reconhece Sarlet, verifica-se atualmente uma convergência de opiniões de autores que, mesmo adotando denominações diferentes, dividem os direitos humanos apenas por questões históricas, devido ao clamor popular e reconhecimento constitucional paulatino de determinadas “gerações” de direitos em diferentes épocas (SARLET, 2004, p. 53).

A ética extraída desta metáfora do diamante não é só a de explicar toda a querela de nomenclatura para conservar um modelo antigo sobre a concepção nova de indissociabilidade e não hierarquia dos direitos humanos, é também a da beleza e possibilidade de encarar estes direitos como um “entrecruzamento de experiências enriquecedoras de cada cultura e de suas propostas e processos voltados para uma existência humana digna.”⁵³ (FLORES, *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 202).

Remontar os direitos humanos à dignidade parece remeter a mais uma armadilha de imprecisão teórica, de conceitos abertos. Afinal de contas, o que seria a dignidade? A

⁵³ Flores informa as bases da sua teoria sobre direitos humanos e dignidade: “1- Debemos comenzar reconociendo que nacemos y vivimos necesitando la satisfacción de conjuntos culturalmente determinados de bienes materiales e inmateriales. Según el entorno de relaciones en el que vivamos, así serán los bienes a los que intentaremos acceder. Pero, lo primero no son los derechos, sino *los bienes*. 2- En un segundo momento, hay que poner sobre el tapete que tenemos que satisfacer nuestras necesidades *inmersos* en sistemas de valores y procesos que imponen un acceso restringido, desigual y jerarquizado a los bienes. Lo cual se materializa a lo largo de la historia a través de los marcos hegemónicos de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano. 3- La historia de los grupos marginados y oprimidos por esos procesos de división del hacer humano, es la historia del esfuerzo por llevar adelante prácticas y dinámicas sociales de lucha contra los mismos. De ahí, que a nosotros nos corresponda poner las frases de los derechos, pero admitiendo que la verdad de los mismos radica en estas luchas raramente recompensadas con el éxito. 4- El objetivo fundamental de dichas luchas no es otro que el de poder *vivir con dignidad*. Lo que en términos materiales significa generalizar procesos igualitarios de acceso a los bienes materiales e inmateriales que conforman el valor de la “dignidad humana” 5- Y, al final –si tenemos el poder político y legislativo necesario— establecer sistemas de garantías (económicas, políticas, sociales y, sobre todo, jurídicas) que comprometan a las instituciones nacionales e internacionales al cumplimiento de lo conseguido por esas luchas por la dignidad de todas y de todos. (FLORES, 2008, p. 107-108)

dignidade, bem como os direitos humanos, a liberdade, a igualdade, a fraternidade, parecem ser de difícil definição, mas de fácil constatação prática, como colocou Pérez Luño a partir das reflexões de Augustín de Hipona sobre o tempo: “Que és el tiempo? Si nadie me lo pregunta, lo sé; si quiero explicarlo a quien me lo pregunta, no lo sé” (HIPONA *apud* LUÑO, 2005, p. 101) ou ser ainda como a poetisa brasileira Cecília Meireles coloca “Liberdade - essa palavra, / que o sonho humano alimenta: / que não há ninguém que explique, / e ninguém que não entenda!” (MEIRELES, 1965, p. 70).

A dignidade, como os direitos humanos e os demais conceitos abstratos e abertos, não podem ser compreendidos em toda sua inteireza por palavras ou abstrações. Isto por que seriam incompletas ou até errôneas se apartadas de um contexto específico e consideradas todas as variantes que o envolvem, este são conceitos que tomam corpo, significado e até certa precisão quando se encontram com os fatos da vida. A tentativa de encarar o conceito de dignidade e direitos humanos através de um pensamento metafísico, visando conceitos puros não se adéqua ao realismo. Há que se buscar o entendimento destas categorias através do que Flores chama de filosofia impura⁵⁴, isto é, uma filosofia contaminada de contexto, baseada em uma metodologia relacional, holística, que vincule os direitos humanos a outras esferas da realidade social, teórica e institucional (FLORES, 2008, p. 126)

A dignidade já foi alvo de várias tentativas de conceituação metafísica, na esperança de enjaulá-la em conceitos fechados, lineares e que abarcassem toda a complexidade humana e social. Uma das mais notórias tentativas, neste nível, foi a de Kant. Marilena Chauí afirma que ao tentar diferenciar o ser humano dos demais seres e objetos através da sua construção da idéia do imperativo categórico, Kant formula seu conceito de dignidade como exigência de que o ser humano seja tratado como fim em si mesmo, jamais como meio ou instrumento⁵⁵

⁵⁴ A chamada filosofia impura se funda nas seguintes constatações de Herrera Flores: “La búsqueda filosófica de la esencia, nos induce a encontrar la “sustancia” de los fenómenos, en algún lugar sagrado o trascendente. Lugar alejado de nuestra condición humana, desde el cual se juzgará –externamente a nuestra impura e incierta naturaleza de “animales culturales”— todos nuestros actos. Sin embargo, nosotros, en vez de buscar esas trascendencias separadas de lo humano, indagaremos en la sustancia *real y material* de los derechos, en lo que “está” debajo, en lo que subyace, en lo que soporta todo el edificio de esas luchas mencionadas más arriba. Es decir, investigaremos el fondo necesario desde el que entenderlos y ponerlos en práctica. El cual, para nuestro punto de vista, no es otro que el contexto social, económico, político y cultural en el que tales derechos, como productos culturales que son, se dan.” (FLORES, 2008, p. 114-115)

⁵⁵ A dignidade e importância do ser humano para Kant é nitidamente extraída do seguinte excerto: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está a cima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço...; aquilo porém que constitui a condição só graças à qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade. [...] Portanto, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.” (KANT,

(CHAUÍ, 2000, p. 445). O conceito kantiano sobre a dignidade sem dúvida excelente como ponto de partida, quando se imagina em um plano ideal. Porém, como instrumento de real efetivação de condições dignas de vida, este se torna insatisfatório por não levar em consideração o ambiente de vontades desiguais, tampouco os instrumentos para o alcance dos fins humanos. Um conceito que se pretenda ser universal e suficiente apenas por ter sido enunciado, conforme dito por Bobbio, não passa de uma ilusão, o conceito de dignidade aqui buscado bebe no conceito Kantiano de ser humano como um fim em si mesmo, porém busca torná-lo permeável a diferentes contextos, pessoas e necessidades, bem como atrelá-lo à necessidade de garantias formais que “empoderem”, nas palavras de Herrera Flores, os grupos mais desfavorecidos para que lutem pelo acesso aos bens de vida⁵⁶ (FLORES, 2008, P.120), isto é, para que se emancipem como pessoas.

O realismo coloca que não há como falar que todos os seres humanos têm dignidade pelo simples fato de existir. Se um olhar sobre a real existência desses seres, dentre as nações abrangidas pelas pesquisas do PNUD de acordo com o Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), constata que um terço vive abaixo da linha da pobreza. Isto é, dentre as 5,2 bilhões de pessoas abarcadas na pesquisa, 1,75 bilhão sobrevive com menos de 1,25 dólares por dia (PNUD, 2010). Muito menos se pode falar em dignidade como fato quando se sabe que a renda per capita mundial é quase a mesma que a de países como os Estados Unidos e Inglaterra (SACHS, 1995, p. 31), isto é, que o mundo produz riquezas suficientes para

2008, p. 58-59). Como já dito, o conceito kantiano de dignidade apresenta-se como excelente ponto de partida, mas se funda em uma lógica que se encerra na mera enunciação, isto é, no dogma do racionalismo ético, nos termos de Bobbio, de que só basta demonstrar os valores últimos que eles se tornam inquestionáveis e irresistíveis.

⁵⁶ Flores estabelece compromissos e deveres para que se tome os direitos humanos e a dignidade como fatores de empoderamento e emancipação, em suas palavras: “Compromisos y deberes, pues, que *deben* constituir la plataforma desde la que desplegar la voluntad de encuentro necesaria para la construcción de zonas de contacto emancipadoras, es decir, de zonas en las que los que se encuentren en ellas puedan disfrutar de posiciones de igualdad en el acceso a los bienes necesarios para una vida digna. En primer lugar, el “*reconocimiento*” de que todos debemos tener la posibilidad de reaccionar culturalmente frente al entorno de relaciones en el que vivimos. En segundo lugar, el *respeto* como forma de concebir el reconocimiento como condición necesaria, pero no suficiente a la hora de la construcción de la zona de contacto emancipadora; a través del respeto aprendemos a distinguir quién tiene la posición de privilegio y quién la de subordinación en el hipotético encuentro entre culturas. En tercer lugar, la *reciprocidad*, como base para saber devolver lo que hemos tomado de los otros para construir nuestros privilegios, sea de los otros seres humanos, sea de la misma naturaleza de la que dependemos para la reproducción *primaria* de la vida. Y, en cuarto lugar, la *redistribución*, es decir, el establecimiento de reglas jurídicas, fórmulas institucionales y acciones políticas y económicas concretas que posibiliten a todos, no sólo satisfacer las necesidades vitales “primarias” —elemento, por lo demás, básico e irrenunciable—, sino, además, la reproducción *secundaria* de la vida, es decir, la construcción de una “dignidad humana” no sometida a los procesos depredadores del sistema impuesto por el capital, en el que unos tienen en sus manos todo el control de los recursos necesarios para dignificar sus vidas y otros no tienen más que aquello que Pandora no dejó escapar de entre sus manos: la esperanza en un mundo mejor. Sólo de este modo podremos construir una *nueva cultura de derechos humanos* que tienda a la apertura y no al cierre de la acción social. (FLORES, 2008, p. 121-122).

garantir a todos um padrão de vida igual a de países de elevado índice de desenvolvimento humano, bem como de consumo. Como falar em dignidade universal através da enunciação de direitos quando muitas pessoas ainda morrem de fome ou por falta de acesso a condições de vida digna quando o mundo pode lhe proporcionar todas estas condições? Ataca-se não o fato da dignidade ser enunciada, mas o fato de que a mera enunciação de direitos constitui apenas o plano do dever ser e não do ser - do que é necessário para que os direitos efetivamente existam. Em resumo, a dignidade da pessoa- cerne e fim dos direitos humanos - não existe pelo simples fato do ser humano existir, ela deve ser alcançada porque todos os seres humanos pelo simples fato de sê-lo devem ter uma vida digna.

O Estado brasileiro, através de sua Constituição, reconhece a dignidade da pessoa humana como cerne normativo. Conforme aponta Eros Roberto Grau “[...] como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*)” (GRAU, 2005, p. 194). E é neste sentido que Grau afirma, com base nas lições de Canotilho e Vital de Moreira, ser a dignidade não só o cerne, não confere unidade apenas à noção de direitos fundamentais, mas também dá unidade e é o cerne da própria organização econômica. O fato da dignidade da pessoa estar inscrita como valor fundamental da própria Ordem econômica na Constituição de 1988 demonstra que a dignidade aparece como finalidade a ser alcançada, como processo e instrumento. O conceito de direitos humanos como processo também se enquadra na estruturação da própria Constituição Federal e na forma em como ela estabelece um programa para o Estado. Conforme explica Grau:

[...] a *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada relevância econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição⁵⁷. (GRAU, 2005, p. 197)

Os direitos sociais surgem, nestes termos, como parte importante deste grande programa constitucional a ser contemplado por e para todos através não só da enumeração de direitos, mas da aplicação destes na realidade popular, com vistas a efetivar a dignidade não só apenas no âmbito ideal dos direitos humanos, mas na Ordem econômico-social, conforme aponta a própria Constituição Federal.

⁵⁷ É o motivo da realização deste programa amplo para todos e por todos que a Constituição brasileira impõe que fundamenta a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que será posteriormente analisada.

2.3. O direito do trabalho como núcleo necessário à dignidade

Já se falou no capítulo I quanto ao valor do trabalho, não só para as sociedades como para os seus núcleos mais restritos como a família, e para o ser humano considerado em sua individualidade. O trabalho abarca quatro esferas de importância na vida do ser humano: a) a esfera da subsistência, já que é sabido que todo ser humano tem a necessidade primeira, que é intrínseca a sua constituição física, que é a de dispor dos meios para perpetuar a sua vida, meios como a alimentação, o abrigo das mudanças climáticas, a proteção contra outros animais e diversas outras necessidades que vão se complexificando na medida em que a própria sociedade e o ser humano também o vão; b) a esfera de autodeterminação da vida, pois é a partir do trabalho que o ser humano deixa de depender primordialmente dos sentidos e limites que a natureza lhe impõe, passando ser o autor do próprio destino, impondo aos objetos e a si próprio suas próprias finalidades; c) a esfera da sociabilidade, já que é através do trabalho a pessoa atua e modifica não só natureza como os demais, bem como estabelece relações entre a produção própria e a de outrem, numa colaboração mútua entre trabalho, produção, necessidade e desejos; d) a esfera de auto-afirmação e auto-conhecimento, já que o processo de produção vai exigindo do ser que coloque o que há em si tanto no processo como no objeto e que aperfeiçoe o que há em si neste labor, numa verdadeira dialética de influências de criação e auto-criação.

Ainda quanto à questão da auto-imagem e do lugar na sociedade, várias são as pesquisas no campo da psicologia sobre a importância do trabalho e seus vários significados. No âmbito internacional o grupo intitulado *Meaning of Work International Research Team* (MOW) desenvolveu uma pesquisa em oito países buscando os sentidos do trabalho para os indivíduos. Sobre o resultado desta pesquisa afirma Morín, Tonelli e Piliopas:

Os resultados preliminares desta pesquisa indicam que, para a amostra pesquisada, o trabalho é essencial na vida das pessoas e que estas buscam, ao mesmo tempo, utilidade para suas atividades dentro das organizações e também para a sociedade. Além disso, conforme já apontado por outros estudiosos, os dados desta pesquisa indicam que valores como variedade na natureza das tarefas, aprendizagem, autonomia, reconhecimento, bem como a função de garantir a sobrevivência e segurança são fundamentais para que o trabalho tenha sentido. (MORÍN; TONELLI; PLIOPAS, 2007)

Estudos realizados no Brasil pelas autoras anteriormente citadas, seguindo a mesma metodologia do MOW, chegam às mesmas conclusões quanto à sua amostragem. Demonstrando a coerência entre a tese da importância e do valor do trabalho não só na economia, mas também na construção do ser e na sua interação com a sociedade vista em Marx, Lukács e Hegel. Independentemente da forma em que a organização produtiva, bem como a oferta de trabalho e a realização do consumo se apresentem hoje, ressalta aos olhos o papel do trabalho como atividade intrínseca à personalidade humana. Conforme afirma outro estudo com base nas pesquisas do MOW e de Morin, a maioria das pessoas demonstra que mesmo se tivessem condições materiais para viver toda a vida sem trabalhar, trabalhariam porque o trabalho não se apresenta apenas como forma de sustento, mas também como um meio de se relacionar com o outro, de se sentir parte integrante de um grupo ou da sociedade e de ter um objetivo a ser atingido na vida, uma ocupação (TOLFO; PICCININI, 2007)

O valor do trabalho para o ser humano e a sua imbricação com a dignidade também pode ser extraído de conceitos mais metafísicos, como a clássica tese kantiana. Para Kant, a grande diferença entre os seres humanos e os objetos é a de que só aqueles têm um fim em si mesmo, enquanto os objetos só têm as finalidades que lhes emprestam. Ao se conceber que é o trabalho o instrumento – o meio pelo qual o ser humano consegue imprimir na natureza, nos objetos e na sociedade suas finalidades – pode inferir-se o quão essencial a figura do trabalho se apresenta para o conceito clássico de dignidade humana.

O trabalho cobre uma ampla gama de aspectos condizente à pessoa e a sua dignidade e esta imbricação foi sendo exposta durante a história e as lutas sociais e reivindicações por melhores condições de vida. O tópico relativo à afirmação história dos direitos humanos e sociais demonstra as necessidades e degradações causadas pela ausência de acesso não só ao trabalho como às condições dignas deste e o quão presente nas reivindicações pelos direitos humanos o universo do labor esteve.

Nota-se que as reivindicações em relação ao trabalho não eram tão intensas antes do advento do capitalismo. Como visto, as sociedades pré-capitalistas tinham uma relação não mercantilizada com o labor, e o viam como meio necessário apenas para a criação de bens de consumo, não para a geração e multiplicação de valores que seriam lançados no mercado e acumulados. Havia uma relação de deveres e obrigações que dava sustentação às relações sociais fora à exploração direta do trabalho. É quando as relações de responsabilidades e deveres recíprocos entre os indivíduos são afrouxadas - não havendo mais nenhuma proteção

social e relegando-os à solidão e às regras do mercado. Como se o ser humano fosse também mais uma mercadoria - que as tensões recrudescem e o apelo aos direitos sociais começa a fazer sentido. Conforme assevera Esping-Andersen:

A introdução dos direitos sociais modernos, por sua vez, implica um afrouxamento do status de pura mercadoria. A desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado. (ESPING-ANDERSEN, 1991, p.102)

Os direitos sociais trabalhistas surgem como reivindicação necessária quando o trabalho, que antes era meio de subsistência, expressão, e auto-criação passa a ser um instrumento direto e intensificado de exploração humana. Com o capitalismo, o trabalho passa a reificar as pessoas, retirando a identificação destas com sua obra e suas finalidades, e submetendo-as a jornadas e processos maquinais sob a ameaça da fome e da completa exclusão social. O capitalismo inverte a finalidade da produção e das atividades, que sempre foram as necessidades ou desejos humanos, e torna o ser humano meio para alcançar a simples reprodução dos objetos e dos lucros, desvinculados de qualquer necessidade ou finalidade humana. É o capitalismo que cria as condições para o surgimento dos direitos sociais do trabalhador. Como coloca José Damião de Lima Trindade, nenhum direito é mais essencial do que estes direitos sociais em um contexto de um modo de produção cuja única lógica é o aumento de lucros que demonstra se dar em detrimento da degradação humana. “Hegel já denunciara que quem se encontra em carência aguda de meios de subsistência está em condição de “total falta de direitos”, numa posição que, de fato, pouca distância guarda da falta de liberdade dos escravos.” (TRINDADE, 2002, p. 131-132).

A lógica do capitalismo não se sustenta na valorização das pessoas, mas sim no aumento do lucro através da exploração humana a qual se intensifica e se refina na medida em que surgem novas tecnologias e formas de organização do trabalho. O Histórico sobre o surgimento do direito do trabalho demonstra que este se dá em um contexto em que o sistema posto se baseia na exploração dos obreiros e que estes se usam das suas lutas para institucionalizar suas reivindicações em prol de alcançar não só patamares dignos de vida, bem como reconhecimento de dignidade no sistema e sociedade capitalistas, não apenas um mínimo vital, Como aponta Jorge Luiz Souto Maior, o direito do trabalho possibilita aos trabalhadores um campo de ação para adquirirem status social, e se torna assim um importante fator de liberdade (MAIOR, 2000, p. 21). Como salienta Herrera Flores:

Sin embargo, la existencia de unas normas jurídicas “garantizadoras” de los derechos laborales es algo importantísimo. Desde ellas, podemos hacer evidentes las situaciones de desventaja en que nos sitúan las puras relaciones

de mercado. Asimismo, con una legislación laboral garantizadora de los derechos de los trabajadores y trabajadoras podremos denunciar las situaciones legitimadas por principios de justicia que, desde sus fundamentos, están sesgados en beneficio de un solo grupo, el cual transgrede continuamente los procedimientos reconocidos “públicamente” como válidos en función de sus propios intereses. (FLORES, 2008, p. 119-120)

Com o desenrolar da história, o amadurecimento dos trabalhadores e suas lutas e o advento do Estado de Bem-Estar Social, ficou evidenciada a importância do reconhecimento dos direitos sociais em uma Ordem que seguisse efetivamente o lume da justiça, já que o contexto demonstrava que a liberdade formal ou liberal além de insuficiente era responsável por cenários não só de desigualdade, mas de extrema exploração e degradação humana. O advento dos direitos sociais não veio por a termo a desigualdade inerente à sociedade capitalista, mas veio minorar o cenário de exploração que beirava à desumanização obreira e exigir, ao menos, o acesso à igualdade de oportunidades e alcançar uma justiça que se fundasse em algum critério efetivo, material (SARLET, 1998, p. 71/72)

O Estado brasileiro, através da Constituição de 1988 reconhece a situação delicada do obreiro no contexto capitalista, bem como a legitimidade dos clamores e de suas lutas sociais em prol do alcance de um status digno de vida e de cidadania. É de se notar que tanto os fundamentos da República, quanto os da ordem econômica perpassam pela valorização do trabalho humano e na livre iniciativa⁵⁸ como dimensões da dignidade da pessoa humana e que além de tudo, a Constituição declara todo um rol de direitos trabalhistas no bojo dos direitos fundamentais e como objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nota-se a tendência, presente em todos os Estados de Bem-Estar Social, de conciliar o sistema capitalista com os interesses da sociedade, assim: com o reconhecimento de o capitalismo não tem como gerar, naturalmente paz e justiça para a sociedade, estabelece-se um novo padrão jurídico, que traz a solidariedade

⁵⁸ “as leituras que tem sido feitas do inciso 4º do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado “os valores sociais do trabalho” e a “livre iniciativa”, simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. (...) Isso significa que a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. (...) É neste sentido que assiste razão a José Afonso da Silva, ao sustentar que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.” (GRAU. 2005, p. 200)

do campo moral para o direito (MAIOR; CORREIA, 2007, p. 23). Conforme salienta Grau, a Constituição ao estabelecer diretrizes para um plano de desenvolvimento nacional:

[...] nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeito de si próprias. [...] Nada mais projeta, revolucionariamente, senão que o homem deixe de ser vadio e pedinte (o que é corrente), para tanto cumprindo que no mínimo se lhe assegure direito ao trabalho e condições de dignidade. O programa que propõe não é senão o de instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do *Welfare State* e, porque seja assim, a quantos sustentem que a Constituição de 1988 postula *mais* bem-estar para a sociedade brasileira (GRAU, 2005, p. 218-219)

A fundamentalização dos direitos sociais demonstra esta mudança de paradigma do Estado, de dignidade humana e de desenvolvimento que não pode mais se pautar numa ética e num discurso de que a radicalização da vontade individual e da liberdade do homem e do mercado é o reduto de toda liberdade, justiça e desenvolvimento. Deve-se sim garantir um patamar mínimo de direitos que configurem um âmbito de “exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades)” (SARLET, 1998, p. 71). Há quem encare que para a efetivação dos direitos sociais, as políticas sociais compensatórias sejam a única via. Aqueles que o fazem normalmente encaram o desemprego e a exclusão social como um mal irremediável ou até necessário. As medidas assistenciais são necessárias em contexto de urgência, porém o emprego decente é, no contexto capitalista, a melhor alternativa de garantir um patamar mínimo de dignidade. Isto por que oferece uma solução definitiva e auto-sustentável de inclusão, sem a necessidade de financiamento público recorrente e por que, “em termos psicológicos, o exercício do direito ao trabalho promove a auto-estima, oferece oportunidades para a auto-realização e o avanço na escala social, ao contrário do desânimo e da falta de perspectivas vivenciados por assistidos crônicos.” (SACHS, 2004, p. 25)

Ainda no sentido aqui defendido de direitos humanos como diamante ético, sustenta-se que estes não são realidades metafísicas que devem ser descobertas apenas pelo raciocínio. Os direitos humanos são mutáveis e se consolidam como os aspectos necessários para que em determinados contextos pessoas determinadas possam viver dignamente. No Contexto capitalista, o direito do trabalho é de fundamental importância para o acesso à vida digna e não se dissocia dos direitos clássicos liberais como a vida e a liberdade. Como garantir o direito à vida se não se garante o acesso aos meios de vida? Como garantir o direito à liberdade se não se permite o acesso a formação e expressão da vontade livre? O acesso ao

trabalho garante o acesso aos meios de produção, à participação social, aos bens e ao poder que estes bens trazem em uma sociedade centrada nos valores de troca e não de uso. Assim: “Afirmar-se o trabalho e, particularmente, o emprego, significa garantir-se poder a quem originalmente é destituído de riqueza; desse modo, consiste em fórmula eficaz de distribuição de renda e de poder na desigual sociedade capitalista.” (DELGADO; PORTO, 2007, p. 22)

O trabalho não pode ter importância apenas quanto o acesso à renda, posto que poderia ser substituído completamente pela assistência social, pela responsabilidade os ricos com os pobres ou pela caridade. Conforme coloca Amartya Sen:

[...] o desemprego tem outros efeitos grave sobre a vida dos indivíduos, causando privações de outros tipos, a melhora graças ao auxílio renda seria, nessa medida limitada. Há provas abundantes de que o desemprego tem efeitos abrangentes além da perda de renda, como dano psicológico, perda de motivação para o trabalho, perda de habilidade e autoconfiança, aumento de doenças e morbidez (e até mesmo de taxa de mortalidade), perturbação das relações familiares e da vida social, intensificação da exclusão social e acentuação de tensões raciais e das assimetrias entre os sexos. (SEN, 2010, p. 129-130)

Os direitos fundamentais devem abranger amplos aspectos da realidade humana nas suas mais diferenciadas contingências, é neste sentido que se sustenta que a diferenciação, mesmo que apenas didática, destes direitos entre dimensões, eras, gerações, qualquer que seja o termo, é descabida já que qualquer direito que vise consolidar a dignidade humana merece o mesmo status dos demais e não fazem parte de uma realidade dissociada, agindo sim em complementação ao centro deste feixe ético que é a dignidade humana.

2.4. O direito do trabalho e o Estado Social e Democrático de Direito

O reconhecimento dos direitos sociais laborais como direitos imprescindíveis ao ser humano no contexto capitalista se deu através da sua positivação com o movimento de constitucionalização dos direitos sociais, encabeçados pelas Constituições do México e de Weimar, bem como pelo Tratado de Versalhes. No Brasil, o processo de constitucionalização destes direitos se deu de forma maciça e específica a partir da Constituição de 1934, sendo repetidos com algumas alterações para mais e/ou para menos nas constituições seguintes: 1937, 1946, 1967, 1969 até a atual Constituição de 1988. A atual constituição brasileira pela

primeira vez retirou os direitos sociais do capítulo sobre a ordem econômica e social e os erigiu ao nível de direitos e garantias fundamentais, com capítulo próprio denominado de “Dos Direitos Sociais”. (OLIVEIRA, 2010, P. 285)

Neste momento legislativo, situa-se o Estado de Bem-Estar Social, as pressões socialistas, da crise do capitalismo, bem como o Estado Democrático de Direito. O Estado de Bem-Estar social foi o grande representante deste contexto de pressões e conciliações e trouxe muita perplexidade aos estudiosos⁵⁹. Várias teorias tentam explicar o como e o porquê do Estado de Bem-Estar social⁶⁰.

A definição clássica do Estado de Bem-Estar Social é a de Harold Wilensky: “A essência do Estado de Bem-Estar social reside na proteção oferecida pelo governo na forma de padrões mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação, assegurados a todos os cidadãos como um direito político e não como caridade.” (WILENSKY, 1975, p. 1). Esta definição pode ser objeto de críticas sobre as garantias serem necessariamente mínimas, ou por não incluir os programas de pleno emprego, porém, este conceito serve para ilustrar em linhas gerais a transformação social, política e ideológica que o EBES trouxe.

Avelãs Nunes enuncia alguns pontos consensuais sobre o Estado Social:

[...] a) o estado social assume-se como um estado *acima das classes* e dos conflitos sociais e afirma-se empenhado na prossecução da *paz social* e na garantia a todos os cidadãos dos meios necessários a uma *vida digna*, criando condições para que cada um atinja este objectivo pelo seu trabalho ou fornecendo ele próprio os bens ou serviços indispensáveis a tal desiderato (saúde, assistência social, etc.); b) o estado social propõe-se oferecer a todos *oportunidades iguais* de acesso ao *bem-estar*, nomeadamente através de políticas de redistribuição do rendimento em favor dos mais pobres e de investimentos públicos em equipamentos sociais adequados (habitação, creches e escolas de ensino básico, v.g.); c) o estado social deve proporcionar a todos os indivíduos e a todos os grupos sociais a possibilidade de participar no poder social. (AVELÃS NUNES p. 3-5)

⁵⁹ Bauman ilustra bem a inquietação que o EBES trouxe entre os estudiosos: “El Estado Benefactor, es un agente de represión o um sistema para ampliar las necesidades humanas y mitigar los rigores de la economía de mercado? Es una ayuda para la acumulación de capital y el aumento de ganancias, o um salário social que hay que defender y aumentar, como el dinero que se gana trabajando? Es um fraude capitalista o uma victoria de la clase obrera? [...] La respuesta es que el Estado benefactor há sido todo eso y mucho más. Surgió, em verdad, como um punto de encuentro entre las presiones de uma economia capitalista cargada de problemas, incapaz de recrear – sola y sin ayuda política – las condiciones para su propia supervivência; y, por el otro, el activismo de los trabajadores organizados, también incapaces de encontrar, solos y sin ayuda del Estado, um seguro contra los caprichosos “ciclos económicos”. Fue necesario proteger y reafirmar el principio de la desigualdad social, pero mitigando sus manifestaciones más inicuas y menos perdurables; estimular la aceptación de la desigualdad, marginando a quienes no lograran contribuir a la reproducción de la sociedad, y ayudar a cada integrante de la comunidad a paliar el impacto desgastante de uma economia sin control político. (BAUMAN, 2000, p.74-75)

⁶⁰ Pode-se citar entre estas teorias a da “Lógica da industrialização” de Wilensky, a dos serviços sociais de Titmus, a da cidadania de Marshall, os neo-marxistas, a dos “modelos de recursos do poder” de Esping-Andersen, a neo-institucionalista, dentre outras. (FARIA, 2007, p. 34-45)

O Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito não se confundem. O primeiro se caracteriza por definir como suas principais tarefas e obrigações a garantia de condições de existência digna (SARLET, 1998, p. 316-317). Já o Estado Democrático de Direito pode se dar tanto em um Estado Social, quanto em uma ordem em que o Estado não tenha um caráter interventor ou prestacional tão nítido e que só intervenha na manutenção da virtualidade dos direitos ditos de primeira geração, como se dá em ordens liberais.

O Estado Democrático de Direito consiste em um Estado que se perfaz e se legitima nos direitos humanos fundamentalizados, podendo abarcar, por exemplo, a acepção aqui defendida de direitos humanos, ou apenas os direitos civis clássicos. Häberle aponta que o Estado democrático de Direito se funda: a) nos direitos fundamentais e na dignidade humana como premissa “realizada a partir de La cultura de um pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de esse pueblo”; b) no princípio da soberania popular mas não de forma arbitrária, “[...] si no como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública”; c) na constituição “como contrato, em cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores”; d) o princípio da divisão dos poderes; e) nos princípios do Estado social de direito, entendido aqui como uma especificação da dignidade humana, através dos direitos sociais (HÄBERLE, 2001, p. 1), quanto a este último ponto Häberle introduz o ponto de vista do Estado Social no Democrático de Direito ao sustenta que, como se faz no presente trabalho, Não há real defesa da dignidade humana sem a defesa dos direitos sociais, porém há que se relembrar sempre que há, ainda, teses que defendam estar a dignidade humana adstrita aos direitos liberais da dita primeira geração.

O Estado Democrático de Direito, que é o modelo vigente na grande maioria dos Estados (ao menos os ocidentais). É um Estado domesticado ou subordinado ao direito, centrando-se principalmente nas suas constituições (CANOTILHO, 1998, p. 9). É um Estado que estabelece seu plano institucional com bases em direitos e deveres reconhecidos como de importância social, direitos e deveres estes que são direcionados não apenas aos seus cidadãos como também ao próprio Estado, é este o motivo do termo democrático acompanhar o termo direito em sua nomenclatura:

Para que exista um Estado de direito é necessário que, de fato, aqueles que governam o Estado, e são encarregados de administrar e de julgar em conformidade com a lei, observem as regras que eles mesmos instituíram. Na ausência daquilo que os americanos qualificaram de *due process of law*, o respeito pelas regras da honesta aplicação da justiça, a própria idéia de direito pode servir de biombo a todos os excessos de um poder arbitrário (PERELMAN, 1998, p. 199)

Seguindo o entendimento de que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados, a doutrina elenca dois aspectos da fundamentalização, o aspecto material e formal. O aspecto material relaciona-se à noção de direitos humanos, seja como eco dos direitos naturais ou como reivindicações sociais relativas à garantia da dignidade humana⁶¹. Já o aspecto formal refere-se à institucionalização dos direitos e carrega dimensões relevantes: a de norma de hierarquia superior na ordem jurídica, a de mutabilidade submetida a procedimentos mais difíceis ou de limite material de própria revisão e de normas dotadas de vincutividade imediata dos poderes públicos (CANOTILHO, 1998. p. 349). Os direitos trabalhistas têm no Ordenamento brasileiro status formal e material de direitos humanos fundamentais, conforme coloca Sarlet:

A relevância da constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a sua inserção no título dos direitos fundamentais apresenta uma dimensão material e uma formal, pois traduz a importância do trabalho para uma existência digna e assegura um conjunto de direitos e garantias específicos, voltados à tutela e promoção da pessoa nas relações trabalhistas, a vinculação dos poderes constituídos, em especial do legislador, que não está autorizado a suprimir tais direitos do texto constitucional, sendo, a teor do art. 5º, §1º, obrigado a reconhecer, também em relação aos direitos dos trabalhadores, aplicabilidade direta. (SARLET *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 283)

A constituição brasileira como outras tantas vigentes no mundo instituiu o Estado como Democrático de Direito, e não só isso, também como um Estado Social, pois reconhece dentre seus fundamentos os direitos sociais. Este reconhecimento demonstra o status que os direitos laborais carregam em uma constituição democrática e social. O papel dos direitos sociais nestes Estados é exposto por Canotilho:

[...] o Estado de direito só será social se não deixar de ter como objectivo a realização de uma democracia económica, social e cultural e só será democrático se mantiver firme o princípio da subordinação do poder económico ao poder político. As tentativas de expurgação do social com o intuito de destilar um Estado de direito quimicamente puro, isto é, um Estado sem o compromisso da socialidade, mais não são do que coberturas ideológicas para políticas económicas e sociais onde não cabem deveres de solidariedade e de inclusão do outro. (...) Neste contexto, e qualquer que seja a formulação e justificação teórica e económica das desigualdades, parece indiscutível que um Estado de justiça tem de encarar a exclusão social como um défice humano que corrói o próprio Estado de justiça. A marginalização social cria marginalidades no direito: defende melhor os seus direitos quem tiver possibilidades materiais. A exclusão social é também exclusão do direito e um Estado de direito que se pretenda um Estado de justiça tem de ser algo mais do que um Estado que encarcera os excluídos «fazendo justiça» ou um Estado que exclui os excluídos da justiça (os estrangeiros, as comunidades migrantes). (CANOTILHO, 1998, p. 14.)

⁶¹ A partir deste conceito é que se é possível falar em conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, admitindo-se, como preceitua o art. 5º, § 2º da CF a constatação de direitos materialmente fundamentais em outros diplomas normativos e, inclusive, não escritos

Os direitos humanos fundamentalizados apresentam relevância no contexto dos Estados Democráticos de Direito, eles são a essência deste e de suas constituições que têm por característica sempre um modelo que contemple os direitos fundamentais, a forma do Estado e o sistema de governo e da organização do poder. Sarlet evidencia a importância dos direitos fundamentais:

[...] os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (basis and foundation of government), afirmando, assim, a idéia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na Constituição. (...) os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidade), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade. (SARLET, 1998. p. 68/71)

A importância de se verificar a conformação do Estado como democrático de direito, bem como a de determinados direitos como fundamentais se dá pelo fato de que o Estado, como um todo, deve se pautar pelas diretrizes constitucionais. O que gera determinados efeitos na ordem jurídica não só deste para com seus cidadãos ou vice e versa, bem como entre cidadãos. Todo direito fundamental possui determinada eficácia na ordem jurídica, mesmo aqueles ditos como de cunho programático. Conforme aponta Sarlet, o conteúdo mínimo eficaz de qualquer norma se perfaz nos seguintes itens: a) na revogação de atos normativos contrários ao conteúdo da norma, sejam anteriores por derrogação, sejam posteriores por declaração de inconstitucionalidade; b) na vinculação dos poderes estatais, seja para o Legislativo em concretizar seus programas, tarefas, fins e ordens, bem como não contrariar os seus sentidos, seja para o Executivo, condicionando os seus atos, inclusive os discricionários, seja para o Judiciário, também condicionando suas ações e decisões; c) na dimensão negativa destes direitos, ou seja, gerando um direito subjetivo, tomado em sentido amplo que não se restringe a um direito subjetivo individual, com o qual se exija que não se atue de forma diversa ao prescrito na norma; d) na proibição de retrocesso quanto às normas jurídicas editadas no sentido de materializar os seus preceitos (SARLET, 1998, p. 390-393).

A conformação de um Estado como democrático de direito significa que este se estabelece através de sua constituição. Esta constituição traduz a soberania popular através de normas que definem a estrutura do Estado, suas bases ideológicas, suas finalidades, sua ação e

seus limites. A constituição é o ponto de legitimidade destes Estados e não mais se pode falar em poderes soberanos como se falou outrora, mas em Poderes vinculados à soberania constitucional que decorre do poder constituinte originário que é o povo. A antiga crença de onipotência do legislador, como se este poder fosse o intermediário da voz popular, não se adequa ao Estado Democrático de Direito, ao Estado Constitucional, pois, como colocado por Sarlet, há uma “[...] prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo.” (SARLET, 1998, p. 353), isto é, todos os Poderes, incluindo-se o Legislativo se fundam, se detêm em princípios maiores, que são os constitucionais, mormente nos direitos humanos fundamentais. O art. 5º, § 1º da Constituição Federal brasileira de 1988 é exemplo deste paradigma, pois explicita uma eficácia irresistível aos direitos fundamentais e, junto ao art. 60, § 4º, proíbe leis contrárias aos direitos fundamentais, além de preservar outros pilares do Estado Democrático de Direito.

Salientar a existência do conteúdo mesmo que mínimo de eficácia dos direitos fundamentais é de extrema importância ao se analisar o comportamento dos Poderes estatais, bem como dos cidadãos. Esta carga eficaz impõe que todos os Poderes e cidadãos ajam em conformidade com os direitos fundamentais e não os utilizem apenas como prerrogativa ou conveniência. O caso dos direitos trabalhistas é ilustrativo no sentido da incompreensão que se tem quanto esta eficácia dos direitos fundamentais. Estes direitos vêm sendo tratados, principalmente pelo Judiciário e pelos particulares como um valor subjetivo a mais, uma prerrogativa qualquer, não como base e fundamento do Estado que não só estrutura a este e as relações sociais como vincula e beneficia a todos indistintamente.

O Estado como democrático de direito implica também na vinculação do Judiciário à constituição e aos direitos humanos fundamentais. Este Poder não tem apenas o poder, mas muito mais o dever de pautar seus atos administrativos, bem como suas decisões, conforme a constituição em todas as suas esferas. Este dever se dá principalmente no Brasil em que há o controle tanto difuso, quanto concentrado de constitucionalidade em que nenhum juiz poderá se imiscuir da defesa da ordem constitucional se provocado. Além disto, Jorge Miranda sustenta que os juízes e tribunais estão obrigados a aplicar, interpretar e integrar as normas de todo o sistema jurídico no sentido de conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (MIRANDA *apud* SARLET, 1998, p. 360). Esta obrigação do Judiciário resulta no termo bastante difundido no mundo e no Brasil e que surge na doutrina alemã de máxima efetividade dos direitos fundamentais. De acordo com Perlingieri esta obrigação decorre do próprio princípio da legalidade, sendo este princípio entendido “[...] não como uma

subserviente interpretação e aplicação de uma lei particular isolada, mas como dever de interpretá-la e aplicá-la em respeito às normas e escolhas constitucionais, como a obrigação da correta motivação e argumentação.” (PERLINGIERI, 2008, p. 24)

Sendo o Estado social e democrático de direito estabelece-se uma rede solidária entre direitos e obrigações de todos e para todos, sempre visando o fim último da dignidade da pessoa humana instrumentalizada pelos direitos humanos fundamentais. Não há mais que se falar em direitos fundamentais como liberdades públicas, isto é, apenas como direitos do cidadão em face do Estado, tampouco a um Estado que se resuma apenas ao Executivo, há que se falar em um ordenamento que vise à dignidade através de direitos e deveres fundamentais para e por todos. É neste sentido que se construiu o conceito de eficácia horizontal dos direitos fundamentais bem como que se fundamenta a indisponibilidade dos direitos humanos, que será mais bem abordada em tópico posterior.

O termo eficácia horizontal teve amplo desenvolvimento na doutrina constitucional alemã, mas se espalhou para os demais países que se intitulam Estados Democráticos de Direito. Este termo vem combater a tese de cunho liberal de direitos fundamentais verticalizados, apenas relativos ao cidadão em relação ao Estado, como sustenta a noção de liberdades públicas. Esta idéia veio da compreensão de que os direitos fundamentais não se viam ameaçados apenas pelos poderes públicos, mas também contra aqueles particulares que detinham maior parcela de poder social e econômico (SARLET, 1998, p. 365). Esta realidade já foi bem vista com o histórico das reivindicações e conquistas dos direitos humanos e muito particularmente em relação aos direitos laborais, em que a dignidade da pessoa que trabalha foi forte e diretamente ameaçada pelos patões, pelos particulares.

A horizontalização⁶² dos direitos fundamentais significa que a observância destes tem lugar em qualquer relação, seja ela privada ou pública, figurando o Estado como parte ou figurando apenas os seus cidadãos. Esta horizontalização significa, ainda, no campo da

⁶² Canotilho apresenta duas teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a) a teoria da eficácia direta ou imediata (*unmittelbare, indirekte Drittwirkung*) apregoa que os direitos fundamentais se aplicam diretamente na esfera privada, isto é, que as pessoas privadas têm o dever de obedecê-los sem a necessidade de qualquer mediação concretizadora; b) teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare, indirekte Drittwirkung*) em que os direitos fundamentais só se exerceriam no âmbito privado por meio do legislador (CANOTILHO, p. 1151 - 1152). As duas teorias são foco de debates em toda doutrina, o certo é que, mesmo dentre aqueles que adotam uma solução tópica do problema, ou até dentre aqueles que se filiam à mediaticidade surge um “relativo consenso” quanto às relações atípicas entre particulares (SARLET, p. 368), isto é, relações em que os particulares não se encontram em pé de igualdade, como é o caso do direito do trabalho. A jurisprudência brasileira parece já ter se afiliado à teoria da eficácia imediata, pelo menos nos casos em que há uma relação privada atípica (a decisão tomada nos autos do Recurso Ordinário nº 201.819/RJ, julgado em outubro de 2005 através do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes funciona como paradigma da adoção desta corrente).

dogmática que o ordenamento jurídico é uno, isto é, que não existe separação entre direito público e privado, entre legislação ordinária e constitucional, significa que há um ordenamento jurídico que se legitima e se perfaz a partir da constituição e a partir dos direitos humanos fundamentais⁶³ (PERLINGIERI, 2008, p. 573-574), isto é, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais fundamenta a própria hermenêutica das normas jurídicas, bem como o instrumento chamado pelas constituições dos Estados Democráticos de Direito de controle de constitucionalidade. Pode-se observar na Constituição brasileira que, mesmo não havendo remissão direta à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito particular (tampouco no âmbito público), estas normas são expressamente colocadas como diretamente dirigidas a particulares⁶⁴. Conforme ocorre na previsão de indenização por dano moral ou material àquele que viola determinados direitos fundamentais (art. 5º, IV e V), com o direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI), dentre outros, destacando-se os direitos laborais que têm por destinatário o respeito pelos empregadores.

2.5. A indisponibilidade dos direitos humanos fundamentais

A titularidade de direitos envolve vários aspectos que foram sendo construídos de formas diferentes de acordo com várias correntes e ideologias. A concepção que provavelmente acode às mentes é a que assemelha a titularidade de um direito à noção liberal de propriedade, isto é, de um poder absoluto e excludente dos demais que só encontra limites ao interferir no poder legítimo de outrem. Ora, serão os direitos fundamentais simples propriedades de seus titulares e sendo assim estes podem fazer o que bem entenderem

⁶³ Conforme aponta Perlingieri o ordenamento jurídico deve ser visto como uma unidade e apontar as normas constitucionais apenas como limites às normas ordinárias é como estabelecer uma divisão entre ordenamentos. Segundo suas palavras: “O recurso à noção de limite impede, outrossim, que a norma constitucional possa ser utilizada como uma verdadeira norma pelos profissionais do direito; estes poderiam somente interpretar e aplicar a norma ordinária, mediante o esquema lógico da subsunção, com a reserva, todavia, de suscitar, nos limites e com as modalidades previstas, a dúvida de legitimidade constitucional.” (PERLINGIERI, 2008, p. 572)

⁶⁴ No Brasil, este conteúdo eficaz já é reconhecido pelo Judiciário, bem como pelo seu órgão máximo, o Superior Tribunal Federal, conforme ilustra a seguinte jurisprudência: EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (BRASIL, STF. 2006)

daqueles? O reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais veio a contradizer esta tese.

Como já colocado no segundo ponto do presente capítulo, a figura dos direitos subjetivos surgiu do intento positivista de adaptar as teses contratualistas de direitos humanos. Nota-se que os direitos subjetivos formam uma categoria histórica que se adaptou a funções de um determinado momento do Estado e das ideologias hegemônicas. A crítica marxista levantou ainda que a teoria dos direitos subjetivos não seria outra coisa senão a legitimação da propriedade através da noção de direitos humanos, possibilitando o livre desfrute da propriedade privada a salvo das ingerências da sociedade. (LUÑO, 2005, p. 34-35)

A partir desta visão, considerar os direitos humanos como direitos subjetivos - como prerrogativas que se submetem apenas à vontade de seu titular – significa dizer que é legítima sua renúncia, transação, disposição como se os direitos humanos fundamentais não fossem tão fundamentais, fossem apenas um aspecto do patrimônio que pode ser despojado, apenas uma prerrogativa dos particulares, da sociedade e do Estado sujeitos às conveniências destes. Com a constatação da idiossincrasia entre o conceito e as potencialidades daquela perspectiva de direitos humanos fundamentais, começou-se a pensar numa dimensão objetiva⁶⁵ destes. Os direitos fundamentais não podem funcionar como um âmbito que total liberdade individual, beirando assim a arbitrariedade, mas devem se constituir como valores objetivos, fundamentais, da comunidade. O que se deve proteger não é apenas o indivíduo perante o Estado, mas também a sociedade, a comunidade como um todo, pois estes direitos cuidam de valores e fins que se devem respeitar e concretizar para e por todos (SARLET, 1998, p. 155).

É neste sentido que se afirma que, nos Estados Democráticos de Direito, os valores contidos de forma objetiva nos direitos fundamentais se espraiam irresistivelmente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico como um todo e vinculam a atuação dos Poderes Executivo, legislativo e Judiciário e até dos particulares. Esta dimensão de eficácia dos direitos fundamentais é chamada de eficácia irradiante. (MARINONI, 2004, p. 26; SARLET, 1988, p. 157)

⁶⁵ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais abarca ainda várias possibilidades e conseqüências à ordem jurídica. Sarlet aponta a questão da eficácia irradiante, que consiste na irradiação dos preceitos das normas de direitos humanos fundamentais para a aplicação e interpretação das demais normas, influenciando assim também na questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; aponta-se também que a perspectiva objetiva destes direitos estabelece garantias institucionais, isto é garantias de determinadas instituições ou institutos que permitem o acesso aos direitos fundamentais; os deveres de proteção que estes direitos impõem ao Estado para que os proteja. (SARLET, 1998, p. 157-159)

Esta concepção não deve ser compreendida como o fim da liberdade individual, tampouco dos direitos subjetivos como o poder de tornar exigível determinados direitos. A dimensão objetiva deve ser entendida com o estabelecimento de padrões, valores e finalidades colocados para que os direitos humanos fundamentais se perfaçam com meio de alcance de dignidade e liberdade para todos e não como instrumentos do alvedrio de quem os detêm, ameaçando a dignidade dos demais e da comunidade.

Quanto aos Poderes estatais a eficácia irradiante externa duas dimensões da atuação do Poder Judiciário: a negativa e a positiva. A negativa diz respeito à submissão deste Poder aos direitos fundamentais e a positiva ressalta que além da obediência àqueles direitos, os juízes e tribunais estão obrigados a garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, por meio da aplicação, interpretação e integração das normas, inclusive na ausência de lei, devido ao seu dever de colmatar as lacunas desta. (SARLET, 1998, p. 360-361)

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais ressalta a distinção entre o que se convencionou chamar de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. A primeira alberga a concepção clássica de eficácia contra o Poder Público e a segunda indica a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O famoso caso do arremesso de anão ilustra o conceito de eficácia horizontal.

O caso do arremesso de anão (*lancer de nain*) se deu na França, na cidade de Aix-en-Provence. Em 1991 uma empresa organizava espetáculos em que pessoas acometidas de nanismo eram feitas de projéteis, de objeto, sendo lançadas de um lado ao outro de uma discoteca. A prefeitura do local proibiu o espetáculo baseada em normas que lhe autorizava limitar o exercício de direitos com o fim de preservar a ordem pública. Neste caso, tanto a empresa quanto o deficiente físico recorreram em litisconsórcio contra a interdição para o Conselho de Estado afirmando que sua atividade era lícita posto que não fosse proibida e que o próprio deficiente não sentisse a sua dignidade atingida. O Conselho decidiu pela manutenção do ato administrativo colocando a dignidade da pessoa humana como valor absoluto. Fazendo que, conforme aponta Romita, se deslocasse o homem individual do centro do ordenamento colocando-se a humanidade, protegendo o homem dele mesmo contra a sua vontade, do mesmo modo que se impõe o cinto de segurança e o capacete aos motoristas (ROMITA, 2009a, p. 190-191). Há que se observar ainda que, como o caso ilustra, o espetáculo de arremesso de anões não só feria a dignidade do ser humano que era lançado em

questão, como a dignidade de todos os anos que eram coisificados, bem como de sua família, do seu entorno... feria à humanidade. Como apontam MENDES, COELHO e BRANCO:

Martinez-pujalte busca ainda justificar essa assertiva do ponto de vista prático, salientando que o homem é, por definição, um ser social em interação com outros homens. Assim, “se uma pessoa atenta contra sua dignidade, isto significa atentar contra deveres que podem ligar a outras pessoas (um pai pode ter deveres frente a seus filhos, um devedor frente a seus credores, uma pessoa casada frente a seu cônjuge...), deveres cujo cumprimento ver-se-ia dificultado ou impossibilitado se a pessoa perdesse os atributos que configuram a sua dignidade. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 123)

A faceta objetiva dos direitos fundamentais não só acarreta o seu respeito pelo Estado, ou pelo particular a quem por ventura a norma possa vincular, mas também o respeito daquele que é titular imediato do direito em concreto (já que toda humanidade deve ser titular destes direitos). Sarlet assinala que:

Não é demais lembrar que, no concernente à autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição de limite material à renúncia e auto-limitação de direitos fundamentais (pelo menos no que se diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado). (SARLET, 1998, p. 369)

Como já se colocou, a noção pré-capitalista de direitos naturais (base da de direitos humanos e fundamentais) não os concebia como direitos subjetivos e individuais, isto é, como decorrência nem âmbito de expressão da vontade individual. Os direitos naturais eram concebidos como expressão objetiva da natureza das coisas, eram “[...] um princípio metodológico que permitia ao filósofo criticar uma tradição sedimentada e ao jurista descobrir a solução justa para o caso em questão” (DOUZINAS, 2009, p. 81). Os direitos naturais (e os direitos humanos fundamentais) não devem ter qualquer conteúdo desde que embasado em um acordo de vontades individuais, mas devem ser um meio de emancipação e realização da dignidade humana, é neste sentido que a assertiva de Douzinas é valiosa:

Para aqueles que lutam contra a injustiça e para uma sociedade que transcende o presente, o direito natural foi o método e a lei natural definiu o conteúdo do novo. Este é a ligação entre lei natural e os direitos naturais e humanos. Porém, o voluntarismo do Direito natural moderno não pode proporcionar uma fundação suficiente para os direitos humanos. Seu inevitável entrelaçamento com o positivismo jurídico significou que a tradição que criara os direitos naturais e, mais tarde os direitos humanos também contribuiu para as repetidas e brutais violações da dignidade e da igualdade que têm acompanhado a modernidade como sua inescapável sombra. (DOUZINAS, 2009, p. 82)

Descartando o posicionamento liberal - de que é a autonomia individual que garante situações ótimas para sociedade, bem como de que os direitos humanos só têm dimensão de eficácia negativa e voltada ao Estado - pode-se sustentar que os direitos não podem mais ser encarados em um aspecto puramente subjetivo já que o respeito à dignidade da pessoa humana não é apenas prerrogativa de todos, como um dever de todos. É desta perspectiva que a indisponibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade destes direitos devem ser encaradas, não como um bem como os de mercado (que podem ter o valor equiparado por qualquer outro e por isto podem ser negociados), mas como um bem maior. A autonomia não deve mais servir de argumento à degradação dos próprios fundamentos que lhe dá legitimação⁶⁶, a autonomia deve funcionar nos limites lógicos que lhe fundamentam que é o de alcance da dignidade humana. Colocar os direitos humanos em plano de negociação é considerá-los, como já dito por Herrera Flores, como elementos não essenciais para a vida digna dos seres humanos, é compreendê-los apenas como custos na economia. Esta visão remete ao fenômeno da reificação apontado por Marx, pois colocar as condições de vida das pessoas em termos negociais, de disponibilidade, renúncia, transação é equiparar os valores de vida a qualquer valor que haja no mercado, é equipará-los, é coisificar a vida humana.

A indisponibilidade dos direitos humanos se associa não a um conceito metafísico que se baste por si só para ser efetivado, mas como um dever ser, uma proteção diferenciada de determinados direitos que são considerados de importância capital para que os seres humanos - tomados não apenas na sua individualidade, mas como seres sociais - alcancem padrões de vida digna na sociedade. A indisponibilidade resulta da própria dimensão objetiva destes direitos que se firma como a proteção de valores socialmente valiosos. Neste sentido, a indisponibilidade não se dá em função de um interesse individual, mas tem fundamento no interesse geral.

Muito se fala atualmente sobre a desconstrução da característica da indisponibilidade dos direitos fundamentais pelo fato de que na prática estes direitos colidem frontalmente, devendo um direito ceder seu espaço a outro. Esta compreensão apresenta-se de maneira estreita, pois não compreende os direitos fundamentais como instrumentos para a consecução de uma finalidade única que é a dignidade humana (o que torna este conflito apenas aparente) bem como desconhece a técnica interpretativa de ponderação de valores, amplamente

⁶⁶ Neste sentido se resgata o conceito Kantiano aqui já acostado de dignidade humana como reconhecimento de valores e finalidades próprias.

difundida pela doutrina Alemã, e aceita pelo Superior Tribunal Federal – STF (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 285-311)

Note-se que as verbas trabalhistas não carregam em si apenas valores pecuniários, elas abarcam o cumprimento pelos empregadores de condições materiais de vida e trabalhos dignos que são traduzidos materialmente em pecúnia. Note-se que estes valores não são apenas de interesse individual, mas são muito mais de interesse social, para a manutenção de uma ordem social equilibrada em que a concorrência entre trabalhadores não permita que estes sejam submetidos a níveis desumanos de vida⁶⁷. Quando um trabalhador pleiteia verba referente às suas férias, ele pleiteia o direito que lhe foi reconhecido não só de receber algo em troca de seu trabalho, mas de poder descansar sua mente e corpo, de poder conviver em família (sim, o direito trabalhista não é só um direito individual de quem trabalha, mas também um direito da família do obreiro) e em sociedade. Mesmo tendo sido o trabalhador extirpado deste direito e não havendo outra forma de restituí-lo, tendo-se que se recorrer à indenização, nem mesmo esta representa apenas pecúnia, representa o repúdio do sistema à infração de direitos de alta dignidade, repúdio este que tampouco pode ser relativizado, disponibilizado, transacionado ou renunciado, posto que fazê-lo é atingir o âmago da proteção e do direito de todos a terem uma vida digna. Colocar estes direitos em termos negociais é admitir uma Ordem e um direito que institucionaliza a reificação dos seres humanos e este direito não pode ser chamado de humano e, talvez, nem de direito.

Arion Sayão Romita afirma que muito da confusão relacionada com a indisponibilidade dos direitos trabalhistas se dá pelo equívoco de se sustentar que esta indisponibilidade se fundamenta apenas na necessidade de equilibrar a posição de inferioridade socioeconômica do obreiro em face da vigência do contrato de trabalho. Assim, cessado este contrato, a hipossuficiência desaparece e assim também a indisponibilidade (ROMITA, 2009a, p. 427). Romita defende que a razão de ser da indisponibilidade não pode desaparecer por que esta é a ordem pública. A presente dissertação concorda com a tese de Romita, acrescentando-se, porém, que se entende ordem pública não como um conceito metafísico e autossuficiente. Mas sim como uma categoria que se delineou como de interesse público por defender a pessoa humana não só individualmente, mas como uma coletividade, uma comunidade.

⁶⁷ Este interesse também é levado em conta do ponto de vista econômico por certas correntes como a keynesiana, (gerando equilíbrio do circuito demanda-produção-consumo), como será visto no capítulo 3.

O presente trabalho sustenta que o fundamento da indisponibilidade dos direitos trabalhistas reside no seu escopo constitucional de direito fundamental. O direito do trabalho como importante dimensão da dignidade não pode ficar alheio à sistemática dos direitos humanos fundamentais, de que estes próprios fazem parte. Atualmente nenhuma parte do ordenamento está alheia à influência e eficácia irradiante dos direitos fundamentais e já se fala de um fenômeno chamado de constitucionalização do direito privado. A partir deste enfoque se defende que todas as normas partem de um mesmo fundamento que é o constitucional, não havendo mais o que se falar em normas constitucionais como limites do ordenamento e da atividade privada, mas como fonte de todo o ordenamento que é uno e em que todas as normas serão legítimas enquanto seus enunciados não ofenderem interesses constitucionalmente protegidos (PERLINGIERI, 2008, p. 570-571)

A indisponibilidade dos direitos humanos fundamentais interfere não só na compreensão dos direitos laborais como tal, como também na do ramo do direito do trabalho, seus princípios informativos e sua hermenêutica. Neste sentido o presente estudo se concentrará em um dos princípios informativos do direito do trabalho: o princípio da irrenunciabilidade, que, como aponta Plá Rodriguez, é reconhecido quase que por unanimidade pelos autores justrabalhistas quanto à sua vigência e importância, porém que traz consigo várias celeumas quanto a seu alcance, fundamentação e significado (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 64).

A irrenunciabilidade implica, em linhas gerais, na impossibilidade jurídica do titular de um direito dispor destes em determinados níveis e situações que são direitos não só seus, mas de toda a sociedade. A compreensão deste princípio pode variar da proibição apenas de renunciar sem contrapartida, em caráter amplo e por antecipação, os direitos concedidos pela legislação trabalhista; até a proibição de impossibilidade de disposição do patamar mínimo de direitos assegurados a qualquer tempo e modo. O sentido deste princípio no âmbito laboral é esclarecido por Hinojosa:

[...] na renúncia por parte do operário dos benefícios que a lei lhe concede, se dão as duas circunstâncias que tornam impossível a renúncia. É questão de ordem pública que o trabalho humano seja devidamente protegido e remunerado; que a cobiça não explore a necessidade; que impere a verdadeira liberdade, não diminuída por entraves econômicos. E seria quase sempre em prejuízo de terceiro – dos familiares do trabalhador, dos companheiros de trabalho, que, por sua tibieza, se veriam constrangidos a aceitar condições inferiores de trabalho – a renúncia de seus direitos equivaleria, além disso, à das condições indispensáveis para a efetividade do direito à vida. (HINOJOSA *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 66)

Como dito, o alcance desta irrenunciabilidade⁶⁸ é tratado de formas diversas pelos estudiosos do direito laboral chegando ao ponto em que o âmbito de sua validade seja tão restrito e virtual que acabe por não alcançar a finalidade e o porquê deste princípio - a de impedir que “a cobiça não explore a necessidade”, como dito anteriormente por Hinojosa. Para entender este alcance se faz necessário esclarecer alguns conceitos, como o de: a) renúncia, entendida como ato jurídico unilateral voluntário de se despojar de um direito certo; b) transação, concebida como ato jurídico bilateral que se dá através de concessões recíprocas visando extinguir relações litigiosas e duvidosas; c) indisponibilidade que abarca tanto a renúncia quanto a transação (PLÁ RODRIGUEZ, p. 65-66). O presente trabalho propugna que os direitos laborais postos no ordenamento jurídico são indisponíveis e não apenas irrenunciáveis, conforme a sistemática dos direitos fundamentais.

Plá Rodriguez aponta que o princípio da irrenunciabilidade é fundamentado na doutrina a partir de quatro acepções que chegam à mesma idéia, porém ilustrando-a em diferentes aspectos: a) da imperatividade das normas trabalhistas; b) do caráter de ordem pública; c) da limitação à autonomia da vontade; do princípio da indisponibilidade. O presente estudo busca fundamentar o princípio laboral da irrenunciabilidade através do viés humanístico de proteção à dignidade da pessoa humana e da constatação de que os direitos trabalhistas são acima de tudo direitos fundamentais que se fundam diretamente na ordem constitucional.

Mesmo que o viés dos direitos fundamentais chegue à noção similar da proteção dos direitos laborais este parece resolver a celeuma quanto ao alcance da indisponibilidade destas normas. Recuperar o status das normas trabalhistas de norma fundamental para ordem jurídica significa afastar qualquer teoria que vise relativizá-la e submetê-la a uma pretensa superioridade da autonomia privada. A concepção de que os direitos trabalhistas são indisponíveis por sua imperatividade ou por seu caráter de ordem pública são apenas conseqüências que derivam do caráter fundamental constitucional dessas normas. Já a questão de limitação da autonomia da vontade, parece estar equivocada, de acordo com a nova concepção de autonomia negocial que será defendida no próximo tópico.

⁶⁸ O tema da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e suas diversas matizes no ordenamento jurídico brasileiro será melhor aprofundado no capítulo referente à conciliação judicial trabalhista na medida em que os problemas quanto à garantia da dignidade humana e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais forem sendo explicitados dentro da análise da conciliação.

A doutrina e jurisprudência brasileiras ainda costumam tratar os direitos laborais como sistema apartado dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana e por isto se digladiam quanto à fundamentação, os motivos e o momento em que as normas trabalhistas devem ser consideradas como indisponíveis. Vólia Bonfim Cassar faz um apanhado sobre os entendimentos da doutrina e jurisprudência no Brasil quanto à irrenunciabilidade e identifica seis correntes, assim resumidas:

A primeira defende que não poderá haver renúncia e transação quanto aos direitos previstos em lei, salvo quando a própria lei autorizar, mas não haverá óbice àqueles de caráter privado seja de forma individual ou coletiva.

O segundo entendimento não admite haver renúncia e transação aos direitos previstos em lei, salvo quando a própria lei autorizar e quanto àqueles previstos em norma de ordem privada a alteração só poderá ocorrer se não causar prejuízo ao trabalhador, salvo disposição legal. Defendemos esta posição.

A terceira posição é no sentido de classificar os direitos trabalhistas em direitos de indisponibilidade absoluta ou de indisponibilidade relativa. O problema desta corrente é que cada autor conceitua de forma diferente quais são os direitos de indisponibilidade absoluta e aqueles de indisponibilidade relativa. De qualquer forma, os de indisponibilidade absoluta não podem ser transacionados (ou renunciados), enquanto os de indisponibilidade relativa, sim.

A quarta vertente é adotada por alguns tribunais, no sentido de que tudo é possível através da norma coletiva, em face da flexibilização autorizada pela Carta/88. Defendem que, se a Constituição permitiu o mais, que é a redução salarial pela via negocial, o menos está automaticamente autorizado.

A quinta tese, minoritária, sustenta que se o trabalhador pode renunciar seus direitos em juízo, ou seja, perante um juiz do trabalho, qualquer renúncia é válida. Todavia, os defensores desta posição não esclarecem se até mesmo os direitos indisponíveis (previstos na Carta e nas leis trabalhistas) podem ser objeto de renúncia.

A sexta e última corrente relaciona-se aos conflitos entre acordo e convenção coletiva. Alguns advogam que o acordo coletivo sempre prevalece sobre a convenção, seja porque efetuado entre empresas e sindicato dos empregados (critério da especialização), pois vislumbra os problemas enfrentados individualmente por aquela empresa; seja porque o acordo, quando cronologicamente posterior à convenção, demonstra que a empresa empregadora não tem condições de garantir as vantagens previstas na convenção, flexibilizando estes direitos (critério cronológico). Para alguns dos defensores desta tese, o acordo pode até prevalecer sobre a lei ou sentença normativa, mesmo que o sindicato que representa o empregador tenha sido parte dissidente. (CASSAR, 2009, p. 176-177)

Algumas considerações e críticas serão feitas às doutrinas anteriormente apontadas no momento em que se discutirá a conciliação judicial trabalhista aprofundando o tema dentro dos limites do presente trabalho. Por ora, é importante salientar que a concepção de direitos laborais como direitos fundamentais, aqui defendida, se coaduna com a segunda concepção colocada (e também defendida) por Cassar, pois se reconhece que os direitos postos no ordenamento jurídico estabelecem um patamar básico reconhecido estatalmente para o

alcance da dignidade humana. O Estado heteronomamente estabelece, como dito por Mário de La Cueva, um “contrato mínimo de trabalho” (DE LA CUEVA, 1949, p. 456) que não significa que não há espaço para negociação e autonomia das partes. Pois este contrato mínimo não cobre todos os aspectos de uma relação de trabalho, mas apenas aqueles que assegurem ao obreiro uma existência digna⁶⁹.

A concepção que divide a proteção dos direitos trabalhistas em indisponibilidade absoluta e relativa, encampada principalmente por Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2006b, p. 218) apresenta-se sob a perspectiva do presente estudo, como de pouco rigor. Esta corrente cinde os direitos laborais com base no parâmetro duvidoso de que há direitos que se referem a um padrão civilizatório mínimo e outros que não. Um exemplo de indisponibilidade relativa dado por Delgado é a da escolha de modalidade do salário pago durante o contrato. Note-se que, a partir deste exemplo, não há efetivamente uma indisponibilidade relativa na presente norma, mas sim é deixada às partes a escolha da modalidade, não havendo exatamente uma imposição destas. É neste sentido que se reafirma que os direitos pertencentes ao contrato mínimo de trabalho não abarcam todos os aspectos da relação contratual, deixando sim, muito espaço para a autonomia das partes, porém, no que for imposto, sempre será tido como conteúdo indisponível.

2.6. A autonomia negocial e a indisponibilidade

O termo autonomia pode ser encarado por diversos enfoques. No campo do direito individual costuma-se falar na autonomia de três modos: autonomia da vontade, relacionada à concepção clássica; autonomia privada, relacionada às concepções constitucionalistas e, a autonomia negocial, este último termo sugerido por Pietro Perlingieri em sua busca de não mais distinguir entre direito privado e público. O presente estudo utilizará o termo autonomia negocial, por se filiar ao entendimento de Perlingieri, bem como pelo fato de restringir a pesquisa à autonomia das pessoas no âmbito jurídico negocial e com mais profundidade no âmbito dos contratos laborais.

⁶⁹ A questão do contrato mínimo de trabalho não atar as mãos das partes envolvidas será bem detalhada no capítulo referente à flexibilização laboral. Serão demonstrados a ampla gama de situações e direitos em que há espaço para a autonomia negocial das partes.

A autonomia historicamente se associa à ampla idéia de disposição e se remete à questão da capacidade, da liberdade e da propriedade, ou seja: para dispor de algo, deve-se ser capaz disto dentro de um âmbito de liberdade em que se possa exercer a vontade sem oposições, isto é, a autonomia pressupõe exclusividade sobre bens. Assim: “A atribuição de personalidade e capacidade jurídicas constitui o instrumento através do qual se viabiliza a utilização privada autônoma e não perturbada de cada fração da terra e a troca de bens. Por isso que elas só existem quando esses bens existem” (PRATA, 1982, p. 8).

Antes do capitalismo⁷⁰, os bens e a produção estavam sujeitos a determinados laços que, de certo modo, os funcionalizavam, pois: “a produção e distribuição estavam sujeitas a deveres de parentesco, a lealdade comunais, a solidariedades corporativas, rituais religiosos ou estratificação hierárquica dos padrões de vida.” (BAUMAN, 1989, p. 73). É com o capitalismo a autonomia privada se universaliza, justamente pela necessidade de desvincular a propriedade dos laços sociais e submetê-la somente à vontade dos proprietários (agora os burgueses) para que pudessem exercer sua atividade econômica: o comércio. Surge assim a concepção clássica de negócio jurídico, contrato e autonomia negocial. A absolutização quase que completa da autonomia da vontade fez com que a propriedade não fosse mais um feixe de relações complexas, isto é de direitos e interesses dos proprietários, bem como dos não-proprietários, mas apenas um objeto do *ius utendi e abutendi* daqueles (GODOY, 2009, p. 4). A simplificação da propriedade pela retirada de seus laços sociais foi necessária para conferir-lhe circulação, para colocá-la no comércio (RODOTÀ, 1971, p. 337). Este esvaziamento foi responsável por deslocar a finalidade dos sistemas das necessidades humanas para as necessidades do mercado. A liberalização do ser humano deixou-o à mercê da lógica do mercado que não se pauta pela consecução da dignidade humana, conforme aponta Roppo, as pessoas passaram a ser:

[...] um instrumento funcionalizado para operar do modo de produção capitalista (que é justamente o interesse da classe, e não o interesse geral de toda a sociedade, ainda que as ideologias do capitalismo tentem, interessadamente, fazer crer a sua coincidência) (ROPPO, 1988, p. 39).

⁷⁰ Em Roma, bem como na Idade Média as pessoas consideradas autônomas eram aquelas que tinham propriedade, tanto que, em Roma, quando foi necessário reconhecer autonomia negocial ao escravo ou ao *filius familiae*, convencionou-se que os atos destes eram praticados por extensão ou intermédio do proprietário, isto é, o cidadão, o *pater familias* (PRATA, 1982, p. 8). Já na Idade Média a autonomia também se concentrava na mão dos proprietários, dos senhores feudais, tanto que estes tinham capacidade de, inclusive, criar normas para seus domínios e para aqueles que estivessem ligados a este sob os laços de vassalagem enquanto os servos tinham de se submeter a estas normas e não participavam em nenhum momento da sua criação.

O capitalismo casou bastante bem com a lógica liberal, jusnaturalista e contratualista da liberdade, propriedade e autonomia. Cláudia Lima Marques aponta que três pilares que fundamentam este contexto: o direito canônico; a teoria do direito natural; teorias de ordem política e a revolução francesa; teorias econômicas e o liberalismo (MARQUES, 1999, p. 40).

Já se viu que a teoria moderna do direito natural transferiu seu fundamento e legitimação para a vontade humana. A medida de legitimidade do ordenamento jurídico passou a ser a vontade individual de cada pessoa que, através da sua racionalidade, traduziria a melhor forma de se autodeterminar. Assim alicerçou-se filosoficamente a concepção clássica da autonomia da vontade, conforme aponta Marques:

[...] a pessoa humana tornou-se um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois é a través de seu agir e de sua vontade que a expressão jurídica se realiza Kant chegaria mesmo a afirmar que a autonomia da vontade seria "o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que lhes correspondem". Estas idéias de Kant tiveram muita influência na Alemanha à época da sistematização do direito e serão uma das bases da Willenstheorie, para a qual a vontade interna, manifestada sem vícios, é a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações daí resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito. (MARQUES, 1999, p. 41)

As teorias de ordem política da Revolução Francesa vieram a reiterar e complementar a perspectiva jusnaturalista. Mesmo sendo bastante heterogêneas, pode-se afirmar que estas assumem o dogma da vontade livre do homem e fundamentam e legitimam o Estado a partir da união destas vontades em contrato (MARQUES, 1999, p. 42) "Uma vez que homem nenhum possui uma autoridade natural sobre o seu semelhante, e pois que a força não produz nenhum direito, restam, pois, as convenções como base de toda a autoridade legítima entre os homens" (ROUSSEAU, p. 15⁷¹). O contratualismo coloca a vontade individual como o cerne, transformando o Estado, e conseqüentemente o direito, apenas no meio de consecução desta⁷².

Outra teoria que complementa este cenário, no âmbito da economia, é a do liberalismo. O liberalismo transportava a noção de vontade livre para o âmbito econômico como necessidade de livre movimentação das riquezas na sociedade, isto é, com a interferência mínima do Estado e do direito (MACEDO JR, 1998, p. 45). O contrato se insere

⁷¹ Disponível em versão digitalizada cujo endereço se encontra nas referências.

⁷² Destaque-se que a grande contribuição da Revolução Francesa e de suas teorias para o Direito foi o Código Napoleônico⁷² que conjugava estas influências individualistas e voluntaristas, sintetizada em seu art. 1.134, de que o contrato é lei entre as partes, e que até hoje influencia grande parte dos Ordenamentos jurídicos do mundo.

neste contexto como um instrumento colocado pelo direito para que esta movimentação aconteça e, que havendo a liberdade contratual, este seria justo e equitativo por natureza (MARQUES, 1999, p. 43-44), já que garantiria a autodeterminação humana. Neste sentido, “A justiça passa a ser entendida essencialmente como o respeito ao acordo firmado e o interesse público passa a ser identificado à defesa da ordem liberal e aos princípios da livre intervenção estatal.” (MACEDO JR, 1998, p. 45).

A partir do direito natural a pessoa é concebida como ser de direitos intrínsecos e inalienáveis e todos são igualados por sua condição de ser racional, racionalidade essa que por si só é capaz de conferir à sua vontade total legitimidade e eficácia no mundo jurídico e moral. Esta concepção começa a ser criticada no momento em que a realidade social constata que a vontade de alguns seres, por determinadas circunstâncias fáticas, é mais livre que a de outros. E que esta situação de desigualdade compromete a própria liberdade humana e gera diversos conflitos sociais. A degradação humana que se instaurou no âmbito do esplendor da autonomia privada e a constatação de que esta suposta liberdade tornava as pessoas cada vez mais escravas das circunstâncias da vida, contextualizam a crítica ao conceito de autonomia, bem como a justeza do contratualismo e dos direitos humanos apenas como direitos individuais e liberais.

A crítica à autonomia liberal se soma à crítica da concepção subjetivista dos direitos humanos fundamentais e busca basear a necessidade da indisponibilidade dos direitos humanos laborais, pois estes não podem ser encarados em termos de mercado, (mesmo que o usufruto destes direitos se dê em termos monetários) pois o que o alvo dos direitos laborais não é a aferição de um preço puro e simples de um objeto, mas os meios materiais para a consecução de uma vida e labor dignos ao ser humano. Não se pode separar o trabalho do ser que trabalha por que o trabalho não é uma realidade em si como pode o ser o capital, mas uma realidade no ser humano.

A sujeição às necessidades da vida submete o trabalhador a situações de autonomia reduzida ou até nula. Observam-se na história do capitalismo várias situações que geraram ao trabalhador uma autonomia minorada, minoração esta que foi compreendida pelo direito laboral e foi incorporada a este sob o nome de hipossuficiência do obreiro.

No contexto do capitalismo podem-se apresentar três marcos, que se convencionou chamar neste trabalho de ciclos da sujeição do trabalho, que procuram demonstrar as

condições de autonomia reduzida do trabalhador: a) o ciclo da expropriação, que remete à transição da Idade Média para o capitalismo com a política dos *enclosures* que expulsou os trabalhadores das terras que tinha determinados direitos por laços de vassalaria, despojando-o de seu lugar no mundo, expondo-o às conjunturas da vida, dependendo unicamente da vontade dos proprietários em escolhê-lo, dentre um exército de mão-de-obra excedente, nas condições deste e sem qualquer outra responsabilidade para consigo senão o salário acordado (ARENDT, 2007, p; 267); b) o ciclo da exploração que se deu logo após os cercamentos com a Revolução Industrial que foi um dos quadros mais emblemáticos do resultado das teorias de liberdade e igualitarismo entre os trabalhadores e detentores dos meios de produção, impossibilitando aqueles de gerar suas necessidades vitais mínimas, devido sua separação das terras que outrora eram comunais, a grande massa de camponeses viu-se compelida a migrar para as cidades em busca de sua subsistência e submeter a si e aos filhos a trabalhos e salários em condições de extrema degradação; c) o ciclo da exclusão com as mudanças tecnológicas de uma Terceira Revolução Industrial que aprofundou o desemprego estrutural excluindo grande parcela da população que já não é necessária nem como exército de reserva, ao substituir intensivamente trabalho vivo por trabalho morto, bem como pela reestruturação dos processos produtivos que no modelo keynesiano fordista, que tinha necessidade de mão-de-obra intensiva, para processos com grande redução de mão-de-obra como o fordista e o de “especialização flexível”⁷³ (ANTUNES. 2002, p. 23-25).

Marques aponta que, frente à notoriedade das relações desiguais na sociedade, o princípio do *pacta sunt servanda*, começou a ser questionado pois sua concepção de “relação contratual como obra de parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade.” (MARQUES, 1999, p. 49) era imprópria numa realidade de sociedade de massas, de produção e distribuição em grande escala e de contratos *standarizados*. Esta conjuntura, chamada pela autora de “nova realidade contratual” gerou situações de injustiça e começou-se a buscar uma redefinição dos meios para se atingir a função dos contratos. Esta realidade contratual é apenas nova nas relações de consumo, pois a grande massa obreira, como aponta a própria Marques, se submetia a estas “técnicas” de contratação desde o século XIX (MARQUES,

⁷³ Todo este processo no âmbito laboral, chamado por Antunes de “forma flexibilizada de acumulação capitalista” “descarta e torna supérflua uma parcela enorme da força humana mundial que trabalha, da qual cerca de 1 bilhão e 200 milhões encontram-se precarizados ou desempregados, segundo dados da OIT.” (ANTUNES, 2005, p. 28). A intensificação da industrialização aumenta de forma absurda o exército de reserva de mão de obra, precarizando ainda mais a autonomia daquele que trabalha. Este tema será melhor abordado no próximo capítulo referente à flexibilização.

1999, p. 49), ou muito antes, desde os cercamentos. Esta realidade precoce foi um dos fundamentos do tratamento diferenciado ao trabalhador, e um dos motivos do surgimento do direito que o tutelasse. A criação de ramos especializados, como laboral e consumerista, aprofundou-se de tal maneira que chegou a todos os contratos e minou a centralidade do código civil para o direito privado, principalmente após a ressignificação das constituições no contexto da implantação do Estado social em detrimento do liberal.

Foi com o advento do Estado e do direito social que se puderam perceber constituições com força normativa, retirando os códigos civis do centro do ordenamento jurídico. O contrato, e a autonomia negocial que lhe dava suporte, também começaram a ser contestados para se amoldar à nova realidade de direitos sociais reconhecidos pelo Estado e constituição, agora cerne do ordenamento jurídico. É nesta conjuntura que começou-se a conceber a autonomia não mais como um valor em si mesmo, mas como um meio de alcance individual das finalidades humanas que mereciam acolhida pelo sistema. Neste sentido a doutrina de PERLINGIERI:

Em um Estado social de direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao direito da pessoa e da sua dignidade, não é justificável uma autonomia negocial como dogma em si; nem tudo que é desejado pelas partes é merecedor de tutela. [...] os atos de autonomia têm um denominador comum na necessidade de serem direcionados a realizar interesses e funções merecedores de tutela socialmente úteis; e na utilidade social há sempre a exigência de que atos e atividades não estejam em contraste com a segurança, a liberdade, a dignidade humana [...] O fundamento dos atos de autonomia, portanto, não deve ser atribuído unicamente à liberdade de iniciativa econômica [...] Mas, quando a liberdade negocial e contratual têm justificação não em si, mas em outros princípios e valores do sistema, quando o próprio sistema não é mais apenas Estado de Direito, mas Estado Social de Direito, caracterizados por princípios fortes como a solidariedade e o personalismo, a escolha não pode deixar de ser axiologicamente conforme o ordenamento. [...] a autonomia negocial não se identifica mais com o desejo, nem é fundada na obrigação de respeitar o pacto (segundo o antigo brocado *pacta sunt servanda*); introduzem-se o controle de valor, a integração e a substituição imperativa dos efeitos desejados pelas partes com os efeitos legais considerados razoavelmente coligados àquele contrato. (PERLINGIERI, 2008, p. 343- 373)

O que se defende com a constitucionalização do direito privado é o sepultamento da concepção liberal de que os contratos cumprem uma função ótima ao simplesmente realizar a vontade privada de suas partes. O contrato passa a ser visto como meio de concreção da autonomia negocial das partes, autonomia que só pode ser reconhecida pelo direito se consoante os valores fundamentais do ordenamento jurídico, que no caso brasileiro podem ser sintetizados no art. 1º da Constituição Federal de 1988: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, o pluralismo político.

É neste sentido que os autores que sustentam a constitucionalização do direito privado propugnam a redefinição da concepção de autonomia, internalizando seus limites (PERLINGIERI, 2008, p.358). A autonomia era vista simplesmente como a vontade do indivíduo que eventualmente poderia ser limitada pelo ordenamento jurídico, limitação esta que não compunha o seu conceito, mas sim o diminuía, amputava. Como se viu que esta crença não bastava para assegurar efetivamente a liberdade de todos e um equilíbrio de interesses, a autonomia passou a ser encarada como um âmbito de atuação negocial composto de requisitos que possibilite o sujeito criar efeitos jurídicos (RADBRUCH, 1997, p.283-286) (FERRI, 1969, p. 121) (FACHIN, 1988, p. 54) (LÔBO, 1986, p. 31). A questão não é a de que o sujeito tenha autonomia privada e o Estado se intrometa nesta sua prerrogativa, a questão é de se adquirir autonomia negocial quando o sujeito se pauta pelas diretrizes do ordenamento, que busca resguardar e equilibrar o interesse de todos. Assim: “a juridicidade do acto ou da relação afere-se pela dignidade do interesse em causa, e o juízo sob esta dignidade é um juízo normativo informado por critérios supraindividuais.” (PRATA, 1982, p. 22-23).

Estes contornos⁷⁴ da autonomia envolvem basicamente três pontos: o respeito à legalidade (agora tomada como uma e não mais como pública ou privada, constitucional ou infraconstitucional), sua funcionalização social e a concreção e respeito à dignidade da pessoa humana. Conforme aponta Godoy:

De fato, como observa Fernando Noronha, se a autonomia privada – conceito em que se congregam, a seu viso, um dado filosófico, concernente ao valor da pessoa humana, da afirmação de sua dignidade e do desenvolvimento de sua personalidade, quando, em comunicação com outras pessoas, delibera sobre seus interesses, e um outro econômico, relativo ao sistema que se funda na livre iniciativa, todavia cuja ligação não é indissociável, ao que se verá – representa uma liberdade de as pessoas regularem seus próprios interesses, ela só se exerce “nos limites e com as finalidades assinaladas pela função social” que se lhe reconhece e que, como já se aludiu, antes de mais nada se firma, genericamente, pelo atendimento a valores constitucionais básicos, a cuja promoção se deve também direcionar. (GODOY, 2009, p. 25)

A Constituição Federal de 1988 se coaduna muito com o conceito de autonomia negocial ao funcionalizar o ordenamento brasileiro e diminuir seu conteúdo patrimonialista, em face do personalismo⁷⁵ (FACHIN, 1988, p. 92). É neste sentido que Eros Roberto Grau sustenta que a Ordem econômica se baseia nos seguintes princípios: A dignidade da pessoa

⁷⁴ Fala-se em limites internos da autonomia, mas cremos ser inadequado por conservar a tônica liberal. Chamaremos os contornos, pois remete à idéia de dar forma, de compor o significado e não de exclusão.

⁷⁵ Estas características são vistas em seu art. 1º e 3º ao tratar de balizas, principalmente, para Estado, e também para o particular, principalmente no capítulo sobre a ordem econômica.

humana (art. 170; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV e 170); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e 170, VII); liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); garantia do direito de greve (art. 9º); A sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social (art. 170); a soberania nacional, a propriedade e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional e de pequeno porte. (art. 170); a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219) (GRAU, 2005, p. 194-195)

O conceito de autonomia clássica não mais serve ao ordenamento brasileiro por não mais ser efetivo frente uma constituição funcionalista e personalista. Tal como a um novo código civil que, mesmo conservando muito do patrimonialismo, já começa a incorporar institutos como o da função social da propriedade e a se remeter à dignidade da pessoa humana. Grande parte dos julgados dos tribunais trabalhistas, incluindo-se também o Tribunal Superior do Trabalho, também vem acompanhando esta mudança de concepção⁷⁶. Note-se

⁷⁶“A autonomia privada para contratar deve ser exercitada dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico. As diretrizes trazidas pelo novel Código Civil impõem que os negócios jurídicos sejam praticados em consonância com os ditames da boa-fé objetiva (artigo 113 do Código Civil)” (BRASIL, TST, 2010b)

“Por outro lado, a opção manifestada à fl. 456 não tem o condão de alterar tal entendimento, já que por força do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, a autonomia privada do empregado é limitada, não sendo possível dispor de direitos estabelecidos em normas imperativas, o que encontra fundamento na própria hipossuficiência do obreiro. Logo, em regra, a jornada do bancário é de 6 horas (caput do art. 224 da CLT), de nada importando a sua anuência com o cumprimento de jornada maior, à exceção, é óbvio, se a realidade fática subsumir-se perfeitamente à norma do parágrafo 2º do art. 224 da CLT, ou seja, se verificada a existência de exercício de função de confiança bancária, com recebimento de plus salarial não inferior a um terço do salário do cargo efetivo. (BRASIL, TST, 2010a)”

RECURSO DE REVISTA - EMPREGADA GESTANTE - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - CIÊNCIA DO ESTADO GRAVÍDICO POR PARTE DO EMPREGADOR E DA TOMADORA DOS SERVIÇOS - PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA - OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OSTENTADA PELA EMPREGADA E PERIGO À SUBSISTÊNCIA DO NASCITURO - DANO MORAL CARACTERIZADO - REPARAÇÃO DEVIDA. Em face da força normativa reconhecida à Constituição da República de 1988, não se pode mais desconhecer que o empregado, ao se inserir na atividade produtiva desempenhada pelo empregador, mantém os seus direitos fundamentais, dentre eles os previstos no Título II da Carta Magna. Nessa senda, a Constituição Federal de 1988 impõe que se trate da mesma maneira todos aqueles que se encontrem em idêntica situação jurídica (arts. 5º, *caput*, e 7º, XXX, da Carta Magna). Assim, ofende o postulado da isonomia a dispensa de empregado fundada em motivos personalíssimos, que não guardam qualquer relação com as atividades desenvolvidas na empresa, sendo, portanto, nula, dada a ilicitude dos seus motivos (art. 166, III, do Código Civil). Na hipótese dos autos, as reclamadas, cientes do estado gravídico da autora, dispensaram-na sem justa causa, com a promessa de recontração após determinado lapso temporal (o que jamais ocorreu), praticando, portanto, ato discriminatório, que, além de lesar a dignidade da pessoa humana, comprometeu a subsistência do nascituro em seu ventre (cujos direitos são assegurados pelo art. 2º do Código Civil), razão pela qual devem responder pelos danos morais causados à autora, de forma solidária, pois, em conjunto, contribuíram para a lesão experimentada pela reclamante (art. 942, parágrafo único, do Código Civil). Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, TST. 2010c)

ainda que a autonomia jamais poderá restringir direitos fundamentais ou ser igualadas a estes já que a constituição brasileira (bem como diversas outras) não a erigiu a direito humano fundamental, não havendo nem que se falar em uma pretensa colisão de direitos fundamentais, tampouco em uma hermenêutica fundada no balanceamento.

No âmbito laboral, o ponto de partida na questão da autonomia é o art. 444⁷⁷ da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). O citado artigo corrobora o conceito de autonomia aqui defendido, pois reconhece um âmbito de validade para atuação dos contratantes e remete-os ainda a requisitos finalísticos, que neste caso se resumiriam na “proteção ao trabalho”. Note-se ainda que a Constituição Federal além de trazer vários preceitos que integram os limites da autonomia negocial das partes no contrato de trabalho traz toda uma leitura sistemática de valorização do labor como um guia finalístico para a atividade privada⁷⁸. Neste sentido, Eros Grau faz importante interpretação, com base em José Afonso da Silva:

(...) as leituras que tem sido feitas do inciso 4º do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado “os valores sociais do trabalho” e a “livre iniciativa”, simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. (...) Isso significa que a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. (...) É neste sentido que assiste razão a José Afonso da Silva, ao sustentar que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. (GRAU. 2005, p. 200)

Infere-se do ordenamento jurídico brasileiro que todo contrato tem conteúdos minimamente fixados o que não anula de nenhum modo a autonomia negocial, muito pelo contrário, a assegura (FERRI, 1969, p. 245-249). “Nessa senda, a liberdade ou os direitos subjetivos não são fonte motriz, mas sim fim do direito para cujo alcance é que o direito objetivo impõe deveres aos indivíduos”. (GODOY, 2009, p. 20). Assim denota-se uma nova perspectiva de atuação do Estado, desta vez não como um inimigo cuja interferência deve ser evitada, mas como uma instituição que tem o dever de garantir aos particulares um âmbito de liberdade real. Radbruch retrata esta realidade ao constatar que:

⁷⁷ “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

⁷⁸ Assim destaca-se o art. 1º que o enleva como fundamento da República, todo o rol de direitos trabalhistas assegurados no capítulo dos direitos fundamentais no art; 6º, bem como o art. 170 que funda a ordem econômica na valorização do trabalho

[...] desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de a aceitar. À proporção pois que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio económico dos grupos. E se foi a liberdade contratual que tornou possível a formação de grupos e associações de toda espécie, verifica-se, por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando. A liberdade contratual do direito converte-se, portanto, em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade volve-se, na ordem dos factos sociais, em servidão. Daí, para a lei, a missão de ter de inverter de novo as coisas e, por meio de certas limitações impostas à liberdade, restabelecer a liberdade social de contratar. (RADBRUCH, 1997, p. 334)

Para o obreiro, o direito do trabalho é um dos instrumentos mais contundentes do Estado nesta “missão de inversão” tratada por Radbruch. Com a regulação mais detalhada do contrato de trabalho, não só a CLT, como a Constituição elenca vários dispositivos que informam parte do conteúdo deste. A conjunção desta regulação é o já citado “contrato mínimo de trabalho”. Este contrato mínimo corresponde, principalmente, aos direitos fundamentais sociais que compõem o sentido e os meios de condições de vida humana digna. Os direitos trabalhistas, como todos os direitos sociais, apresentam-se, como disse Sarlet, como “[...] exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia de igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um estado de Direito de conteúdo não meramente formal” (SARLET, 1998. p. 72)

Funcionalizar e personalizar o contrato de trabalho é contrapor a ideologia liberal, de um suposto igualitarismo entre trabalhador e empregador, aos seus resultados de grande desnível e injustiça contratual (observados pela degradação das condições do trabalhador). E é construir um modelo que garanta, através da força de trabalho, que é o único reduto de “autonomia” deixado pelo capitalismo aos obreiros, uma participação nos bens produzidos que garantam àqueles ao menos uma vida digna. Garantindo o Estado e a sociedade estes parâmetros de justiça contratual o trabalho passa de uma forma de subjugação e exploração do homem para um meio que possibilite direta e eficientemente renda, afirmação pessoal e bem-estar. A perspectiva de direitos trabalhistas representada reflete diretamente nos novos contornos aqui traçados para a autonomia negocial, fundando-se basicamente e de forma intrincada, no respeito à legalidade a partir dos marcos dos direitos fundamentais sociais, funcionalizando seus institutos em prol destes valores sociais e garantindo assim, a dignidade humana.

CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

3.1. As bases ideológicas da flexibilização

A necessidade de regular as relações de trabalho não é concomitante ao surgimento do trabalho assalariado e do capitalismo. A história do capitalismo, e também o seu início, é marcada pela ideologia liberal, baseada na livre-concorrência, na livre-iniciativa, na propriedade e na mínima intervenção do Estado, como já foi exposto no presente trabalho. Desde o princípio do capitalismo até hoje, é hegemônico sustentar, como o fez Adam Smith, que o trabalho é um tipo de propriedade e ninguém melhor do que seu dono para utilizá-la e tirar dela o melhor proveito em um mercado livre. Em que qualquer interferência do Estado seria uma injusta intromissão na sua propriedade e liberdade (SMITH, 1996. p. 166-167).

Não havia um direito do trabalho no início do capitalismo. O trabalho era uma propriedade e como qualquer outra estava sujeito às livres e igualitárias leis do mercado, sendo injusta qualquer intervenção do Estado no sentido de tratá-la de forma diferenciada ou regulá-la. Assim, o pensamento liberal clássico⁷⁹ pressupõe total liberdade do trabalhador para encontrar um emprego e de impor suas condições na “negociação” com o empregador. E este pensamento parte de um pressuposto economicista de que o mercado é perfeito, desde que livre, e se rege por um equilíbrio descrito pela Lei de Say.

A Lei de Say (1983) garante que toda oferta cria sua própria demanda a partir do pressuposto de que o dinheiro é apenas o veículo para a troca de mercadoria por mercadoria. Constata-se que a demanda de uma indústria é dada pelo nível de produção das demais e, quanto maior for este nível, maior sua expansão, isto é, nos mercados é a oferta que importa, esta gera automaticamente sua demanda. Esta lei observa, porém, que há indústrias que não se adequam a este esquema o que geraria um desequilíbrio que seria apenas temporário, restabelecendo-se a ordem pelo mecanismo dos preços, que desestimularia ou estimularia determinadas atividades produtivas. Este equilíbrio natural que se daria apenas em um

⁷⁹ Note-se que dentre os autores considerados clássicos, como Adam Smith, David Ricardo, Jean-Baptiste Say e Malthus, não há convergência total de pensamentos. Porém podemos extrair do liberalismo clássico - escola que tem uma larga hegemonia histórica fazendo-se presente até hoje com sua nova roupagem chamada de neoliberalismo – algumas leis que lhe dão sustento: a) lei do interesse pessoal; da livre concorrência; da população; da oferta e da procura; do salário; da renda; do comércio internacional. Para maiores referências consultar o tópico 1.5, capítulo 1 da presente dissertação.

mercado livre tornaria impossível crises de superprodução (BRESSER-PEREIRA, 1976, p. 11; AVELÃS NUNES, 2007, P. 448-449)

Esta lei econômica foi adaptada pelos marginalistas (e por isto esses são chamados de neoclássicos) que romperam com a concepção clássica do valor-trabalho, que trouxe muitos problemas para os liberais diante das críticas marxistas (como se verá em seguida). A teoria da utilidade marginal (1870) é uma teoria do valor que parte da mensuração dos preços de mercado, excluindo a discussão da origem do valor, como fizeram Adam Smith, David Ricardo ou o próprio Karl Marx, por lhe trazer conseqüências éticas perigosas ao evidenciar que o valor é criado pelo trabalho. Os marginalistas tentando criar uma ciência econômica pura, matemática, destituída (ou que encobria) de valores e finalidades latentes, tentaram expor o modelo econômico capitalista de exploração como modelo lógico e natural. Para tal retiraram o foco da questão da origem do valor e da riqueza porque esta trazia a questão da titularidade e justiça da propriedade da riqueza e enfatizaram a questão da análise da determinação dos preços no mercado, como se esta fosse a única finalidade de uma economia pura: analisar o que é, e não as razões do ser.

Assim, para os marginalistas, os preços se dão em função de uma soma de utilidades ou necessidades, porém, como coloca Avelãs Nunes: “as necessidades são saciáveis, o que significa que a utilidade dos bens destinados à sua satisfação decresce com o aumento da quantidade disponível desses bens, de tal modo que a utilidade de cada uma das unidades é inferior à utilidade da unidade precedente. É a lei da utilidade decrescente, ou a lei do decréscimo da utilidade marginal, porque o que decresce não é a utilidade total (esta aumenta com o aumento da quantidade de bens disponíveis) mas a utilidade marginal ou final, a utilidade da última unidade simultaneamente disponível do bem capaz de satisfazer uma certa necessidade. Chega-se assim, à lei da utilidade da utilidade marginal: a utilidade de qualquer das unidades simultaneamente disponíveis de um bem afere-se pela utilidade da última unidade disponível.” (NUNES, 2007, p. 541-542). Assim, chega-se à resposta do paradoxo da água e do diamante colocado por Adam Smith em sua obra “Investigações sobre a natureza e causa da riqueza das nações” a água é muito útil por ser imprescindível à vida, porém tem utilidade marginal quase nula por ser abundante enquanto que o diamante é de utilidade bem menor, mas por ser raro tem utilidade marginal elevada.

Os marginalistas também adaptaram a Lei de Say para a análise do mercado de trabalho. Devido à perfeição das leis do mercado, a adaptação da Lei de Say não admite o

desemprego senão quando os trabalhadores, por sua própria vontade, não aceitem condições de emprego compatíveis com o mercado ou imponham condições superiores, interferindo no equilíbrio “natural” dos preços. Assim o trabalho rege-se pela lei geral dos mercados liberais: a da oferta e da procura. Por isto os liberais pregam a flexibilidade irrestrita dos salários e demais direitos laborais como garantia do pleno emprego que resultaria do equilíbrio imanente às leis naturais do mercado. Esta teoria ficou conhecida como *Theory of Unemployment* de Pigou (KEYNES, 1985, p. 47).

Para a teoria de Pigou, só há dois tipos de desemprego: um friccional, que se daria pela demora, mudanças ou imprevisões inerentes a uma mudança de postos de trabalho; e o desemprego voluntário, que se daria pela recusa do obreiro em aceitar uma remuneração equivalente à sua produtividade marginal⁸⁰ devido às leis ou costumes laborais ou à negociações sindicais ou ainda à sua inaptidão em lidar com mudanças ou por sua obstinação (KEYNES, 1985, p. 47). Conforme explicita Avelãs Nunes:

Parte-se do princípio de que os trabalhadores assalariados podem *escolher livremente* entre aceitar uma redução do seu salário e deixar o seu actual posto de trabalho. Colocados nesta situação, se pensarem que a baixa do salário real não é geral e que podem encontrar trabalho em outras empresas à anterior taxa de salário, *escolherão* a segunda alternativa e lançam-se numa actividade de procura de emprego. Assim sendo, estas situações não representariam verdadeiro desemprego (resultante da deficiente criação de postos de trabalho por parte da economia), antes reflectiriam um maior grau de mobilidade dos trabalhadores.

Nesta óptica, o desemprego é *desemprego voluntário* mesmo nos casos em que os trabalhadores estão desempregados por razões independentes da sua vontade (...) Se o não procuram, isso significa, para os monetaristas, que esses trabalhadores preferem o lazer ao rendimento real que poderiam receber se trabalhassem. (AVELÃS NUNES, p. 28)

A questão do desemprego ainda é mais esvaziada com a defesa de que há uma “taxa natural de desemprego”. Esta taxa seria o somatório do desemprego friccional, e do desemprego voluntário. Ao tratar a taxa de desemprego como natural os monetaristas descartam a possibilidade de alterá-la, a não ser em curto prazo à custa de inflação crescente e o papel da economia monetária seria limitado (KEYNES, 1996, p. 46). A questão é que esta taxa natural aumenta a cada ano, como coloca Avelãs Nunes:

⁸⁰ A produtividade marginal do posto de trabalho seria, portanto, o valor que o último trabalhador deixaria de agregar à produção se aquele não existisse (KEYNES, 1985, p. 46)

No plano político, a aceitação deste aumento é muito clara: os conselheiros de Truman consideravam natural (= pleno emprego) uma taxa de desemprego entre 1,5% e 2,5%; os de Eisenhower apontaram como tal uma taxa de 2,5% a 3,5%; os de Nixon referiram uma taxa entre 4,5% e 5,5%; em 1982, a administração Reagan considerou a taxa de 6,5% como nível de pleno emprego; em 1986, tendia-se para aceitar como tal uma taxa à volta dos 7% (AVELÃS NUNES, 2007, p. 596)

Assim, os empregos apenas serão gerados se o emprego de um trabalhador gerar uma produtividade marginal maior que seus custos que, numa economia livre, seriam definidos pela lei da oferta e da procura. Note-se que em um mercado pautado na intensificação do uso das tecnologias para aumentar a produtividade do trabalho a produtividade marginal do trabalho será cada vez menor, o que levaria a uma menor necessidade de trabalho e a queda de salários para que estes possam estar abaixo desta produtividade.

Esta teoria pode trazer conseqüências sociais danosas e quiçá econômicas. Do ponto de vista econômico a sua validade tem sido refutada teórica e historicamente principalmente com o advento da crise de 1929. O contraponto teórico às teorias liberais sobre o emprego teve como principais expoentes dois pensadores: Marx com suas críticas profundas ao capitalismo e Keynes como sua teoria do desemprego involuntário.

As críticas de Marx não se limitam apenas a contestar a Lei de Say ou a teoria do desemprego voluntário com base em Pigou, ela introduz um elemento novo ao encarar o capitalismo como um sistema baseado em classes e que visa à valorização do capital. E, para tal, se usa da exploração não só para alcançar essa valorização como para manter esta estrutura desigual da sociedade. Esta análise dá uma nova tônica à constatação de Adam Smith e de David Ricardo de que o trabalho é a fonte de riqueza das nações – isto é, de que é o trabalho que cria valor para a sociedade – porque explica os mecanismos de acumulação e distribuição de riquezas. Além da ideologia vazia de que estas se dão por imperativos de uma lei natural e, portanto, intrinsecamente justa e imutável.

A crítica de Marx expõe uma relação de emprego baseada na exploração e não de liberdade. Exploração que tem o mesmo princípio da escrava ou da servil, pois os detentores dos meios de produção se apropriam do trabalho alheio (pagando pela força de trabalho de uma pessoa e não pelo trabalho efetivamente desempenhado), porém, de forma camuflada, conforme palavras de Marx:

Esta aparência enganadora distingue o trabalho assalariado das outras formas históricas do trabalho. Dentro do sistema do salariado, até o trabalho não remunerado parece trabalho pago. Ao contrário, no trabalho dos escravos parece ser trabalho não remunerado até a parte do trabalho que se paga. Claro está que para poder trabalhar, o escravo tem que viver e uma parte de sua jornada de trabalho serve para repor o valor de seu próprio sustento. Mas como entre ele e seu senhor não houve trato algum, nem se celebra entre eles nenhuma compra e venda, todo o seu trabalho parece dado de graça.

Tomemos, por outro lado, o camponês servo, tal como, existia, quase diríamos ainda ontem mesmo, em todo o oriente da Europa. Este camponês, por exemplo, trabalhava três dias para si, na sua própria terra, ou na que lhe havia sido atribuída, e nos três dias seguintes realizava um trabalho compulsório e gratuito na propriedade de seu senhor. Como vemos, aqui as duas partes do trabalho, a paga e a não paga, aparecem visivelmente separadas, no tempo e no espaço, e os nossos liberais podem estourar de indignação moral ante a idéia disparatada de que se obrigue um homem a trabalhar de graça.

Mas, na realidade, tanto faz uma pessoa trabalhar três dias na semana para si, na sua própria terra, e outros três dias de graça na gleba do senhor como trabalhar diariamente na fábrica, ou na oficina, 6 horas para si e 6 para o seu patrão, ainda que neste caso a parte do trabalho pago e a do não remunerado apareçam inseparavelmente confundidas e o caráter de toda a transação se disfarce por completo com a interferência de um contrato e o pagamento recebido no fim da semana. No primeiro caso, o trabalho não remunerado é visivelmente arrancado pela força; no segundo, parece entregue voluntariamente. Eis a única diferença.

Sempre que eu empregue, portanto, a expressão "valor do trabalho", empregá-la-ei como termo popular, sinônimo de "valor de força de trabalho". (MARX, 1865, p. 20-21)

Marx percebe que a Lei de Say padece do equívoco de considerar que o mercado se baseia numa equação M-D-M. Isto é, que a mercadoria apenas é trocada por outra mercadoria através do dinheiro. Percebe-se que nesta equação não há criação de valor, apenas uma troca e que a sociedade capitalista inverte a relação do valor de uso e valor de troca, passando o dinheiro a ser a finalidade da produção capitalista, dinheiro este que deve ser maior do que o investido de início. Assim Marx chega à equação D-M-D' (DAMICO, 1985, p. 109). E o que agregaria valor na equação descrita? A resposta, dada não só por Marx como por Adam Smith e David Ricardo, seria o trabalho. Só o trabalho humano tem a capacidade de dar ou modificar o valor das coisas e de transformá-las em mercadoria. O valor destas será medido pelo tempo de trabalho socialmente necessário para produzi-la.

Este lucro valor agregado pelo trabalho não é repassado ao trabalhador, essas horas de trabalho sobressalente, tomadas pelos patrões, consistem na mais-valia. A forma de aumentar o lucro é aumentando a mais-valia e esse aumento se dá com o aumento de horas trabalhadas ou da intensidade do trabalho – mais-valia absoluta- ou com o aumento de produtividade do trabalho a partir do progresso técnico – mais valia relativa.

Marx demonstra assim que o desemprego não é uma conjuntura que se estabelece devido à vontade dos trabalhadores ao se rebelar contra as leis naturais do mercado. O desemprego é resultante da busca pela valorização do capital através do aumento da mais-valia que necessariamente resulta na diminuição de empregos. A relação da valorização do capital e do emprego também se manifesta na necessidade de manutenção de um exército industrial de reserva que funcionaria como um regulador do nível geral de salários em grandeza inversamente proporcional ao seu crescimento (MARX, 1996, p. 41). O desemprego estrutural e a configuração de um mercado de trabalho livre (em que impere a autonomia negocial e individual, em que não haja leis trabalhistas ou que elas sejam esvaziadas pela flexibilização) instrumentalizariam a finalidade capitalista de valorização do capital.

É certo que Marx houvera apontado os direitos humanos como uma ideologia no seu sentido pejorativo. Isto é, de engodo ou encobrimento da realidade visando justificar o sistema capitalista, que a dominação da burguesia se dá muitas vezes pelo aparato do Estado e do Direito e na tão exultada liberdade dos trabalhadores. Isso não quer dizer que Marx defendesse a abolição ou flexibilização dos direitos sociais, como fizeram os liberais. Ele chegou a citar a diminuição da jornada de trabalho como aspecto positivo e a conquista de direitos para os trabalhadores como vitórias provisórias (MARX; ENGELS, 1998, p. 23-24). A flexibilização ou abolição de direitos resultaria em uma diminuição de armas para que os trabalhadores alcançassem os seus propósitos.

Já a teoria Keynesiana, por mais que tivesse revolucionado a compreensão econômica capitalista não visava romper com ela, ela ofereceu uma nova compreensão para o capitalismo, apartada, pela primeira dos pressupostos liberais. Em suas palavras:

Esclareçamos desde o início os princípios metafísicos ou gerais sobre os quais, de tempos em tempos, se fundamentou o *laissez-faire*. Não é verdade que os indivíduos possuem uma "liberdade natural" prescritiva em suas atividades econômicas. Não existe um contrato que confira direitos perpétuos aos que os têm ou aos que os adquirem. O mundo *não* é governado do alto de forma que o interesse particular e o social sempre coincidam. Não é administrado aqui embaixo para que ha prática eles coincidam. Não constitui uma dedução correta dos princípios da Economia que o auto-interesse esclarecido sempre atua a favor do interesse público. Nem é verdade que o auto-interesse *seja* geralmente esclarecido; mais freqüentemente, os indivíduos que agem separadamente na promoção de seus próprios objetivos são excessivamente ignorantes ou fracos até para atingi-los. A experiência *não* mostra que os indivíduos, quando integram um grupo social, são sempre menos esclarecidos do que quando agem separadamente. (KEYNES, 1983, p. 120)

Keynes inverte a questão dos salários e afirma que é o volume de empregos que determina o valor daqueles (AVELÃS NUNES, 2007, p. 586) e desloca o problema do

emprego da resistência e vontade dos trabalhadores para o problema da demanda dos mercados que seria gerado justamente pelo mito liberal das leis do mercado. Sustenta, assim, que o desemprego resulta na redução dos gastos privados, dos investimentos e do consumo e pela preferência pelo setor especulativo em detrimento do produtivo quando a taxa de juros fosse maior do que a de lucros na produção (KEYNES, 1996, p. 265) e que estes problemas podem ser contornados com um Estado forte e interventor. (KEYNES, 1996, p. 15)

Keynes enfrenta diretamente a lei de Say e a teoria do desemprego de Pigou. Em seu livro “Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda”, constata que, mesmo não havendo queda nominal dos salários, em situações de crise, há queda real destes (isto é, do seu poder de compra) sem a diminuição do desemprego. Keynes defende que a causa real do desemprego não pode ser voluntária, mas decorre de problemas econômicos, principalmente da relação entre a taxa de lucros nos investimentos produtivos e a taxa de juros. (KEYNES, 1996, p. 264-266). Assim pretende-se chegar à conclusão de que os empregos não são criados porque os salários estão baixos, pois não basta produzir, há que haver consumo desta produção, isto é, só há contratações quando há no mercado uma demanda insatisfeita no mercado. Se o mercado está satisfeito e há desemprego o máximo que poderá ocorrer é a diminuição de salários sem que haja contratações.

Keynes trouxe à economia uma nova concepção sobre o trabalho com a dinâmica do crescimento fundada no circuito produção – renda – consumo (DEDECCA, p. 31). O trabalho funciona como redistribuidor de renda, aumentando o consumo e evitando que a concentração leve o capital para o setor especulativo, enfraquecendo os investimentos no produtivo. Busca-se assim, “Um ciclo virtuoso” entre crescimento e distribuição de renda à base do emprego e de sua correspondente retribuição material, no que Delgado chama de “capitalismo com reciprocidade” (DELGADO, 2006, p. 69-79).

Sua tese ganhou uma força quase irresistível com o estourar da crise de 1929. Esta crise foi resultado de uma grande capacidade de produção sem demanda correspondente, não foi uma crise de escassez, foi uma crise de abundância. A descomunal concentração de capital, principalmente nas mãos dos Estados Unidos após a Primeira Guerra Mundial, aliada às atividades especulativas e às práticas oligopolistas gerou um aumento grandioso na capacidade produtiva que não acompanhou o consumo (Em 1929, nos Estados Unidos, aquela superava em vinte por cento esta), este quadro se alastrou pelo mundo todo e fez com que os preços baixassem, a produção diminuísse, as falências se sucedessem e o desemprego

aumentasse. As conseqüências da crise para o mundo foi detalhadamente exposta por Hobsbawm:

Entre 1929 y 1931 la producción industrial disminuyó aproximadamente un tercio en los Estados Unidos y en una medida parecida en Alemania, [...] Se produjo una crisis en la producción de artículos de primera necesidad, tanto alimentos como materias primas, dado que sus precios, que ya no se protegían acumulando existencias como antes, iniciaron una caída libre. Los precios del té y del trigo cayeron en dos tercios y el de la seda en bruto en tres cuartos. Eso supuso el hundimiento —por mencionar tan sólo los países enumerados por la Sociedad de Naciones en 1931— de Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Cuba, Chile, Egipto, Ecuador, Finlandia, Hungría, India, las Indias Holandesas (la actual Indonesia), Malasia (británica), México, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, cuyo comercio exterior dependía de unos pocos productos primarios. En definitiva, ese fenómeno transformó la Depresión en un acontecimiento literalmente mundial.

[...]

Esa situación llevó a la ruina a los agricultores que dependían del mercado, especialmente del mercado de exportación, salvo en los casos en que pudieron volver a refugiarse en una producción de subsistencia, último reducto tradicional del campesino. Eso era posible en una gran parte del mundo subdesarrollado, y el hecho de que la mayoría de la población de África, de Asia meridional y oriental y de América Latina fuera todavía campesina, le permitió capear el temporal. **Brasil se convirtió en la ilustración perfecta del despilfarro del capitalismo y de la profundidad de la crisis, com sus plantadores que intentaban desesperadamente impedir el hundimiento de los precios quemando café en lugar de carbón en las locomotoras de los trenes.(Entre dos tercios y tres cuartos del café que se vendía en el mercado mundial procedía de ese país.)** (grifo nosso) Sin embargo, los efectos de la crisis se dejaron sentir incluso en los países agrarios coloniales. Así parece indicarlo el descenso en torno a los dos tercios de las importaciones de azúcar, harina, pescado en conserva y arroz en Costa de Oro (la actual Ghana), donde el mercado del cacao se había hundido completamente, por no mencionar el recorte de las importaciones de ginebra en un 98 por 100 (Ohlin, 1931, p. 52) Para quienes, por definición, no poseían control o acceso a los medios de producción (salvo que pudieran retornar a las aldeas al seno de una familia campesina), es decir, para los hombres y mujeres que trabajaban a cambio de un salario, la principal consecuencia de la Depresión fue el desempleo en una escala inimaginada y sin precedentes, y por mucho más tiempo del que nadie pudiera haber previsto. En los momentos peores de la crisis (1932-1933), los índices de paro se situaron en el 22-23 por 100 en Gran Bretaña y Bélgica, el 24 por 100 en Suecia, el 27 por 100 en los Estados Unidos, el 29 por 100 em Austria, el 31 por 100 en Noruega, el 32 por 100 en Dinamarca y en no menos del 44 por 100 en Alemania. Además, la recuperación que se inició a partir de 1933 no permitió reducir la tasa media de desempleo de los años treinta por debajo del 16-17 por 100 en Gran Bretaña y Suecia, y del 20 por 100 en el resto de Escandinavia, en Austria y en los Estados Unidos. El único estado occidental que consiguió acabar con el paro fue la Alemania nazi entre 1933 y 1938. Nadie podía recordar una catástrofe económica de tal magnitud en la vida de los trabajadores. (HOBSBAWM, 1999, p. 99-100)

A crise de 29 funcionou como a evidência empírica de Keynes. Somente na Grande Depressão de 1929 o fenômeno do desemprego seria entendido como produto do desequilíbrio da demanda e da capacidade produtiva e não mais como decorrente do desajuste da concorrência no interior do mercado de trabalho (POCHMANN, 2005, p.84). Pela primeira

vez na história do capitalismo, veio à tona a questão do emprego como importante fator da economia, conforme coloca Hobsbawm:

[...] el «pleno empleo», es decir, la eliminación del desempleo generalizado, pasó a ser el objetivo básico de la política económica en los países en los que se instauró un capitalismo democrático reformado, cuyo más célebre profeta y pionero, aunque no el único, fue el economista británico John Maynard Keynes (1883-1946). La doctrina keynesiana propugnaba la eliminación permanente del desempleo generalizado por razones tanto de beneficio económico como político. Los keynesianos sostenían, acertadamente, que la demanda que generan los ingresos de los trabajadores ocupados tendría un efecto estimulante sobre las economías deprimidas. Sin embargo, la razón por la que se dio la máxima prioridad a ese sistema de estímulo de la demanda —el gobierno británico asumió ese objetivo antes incluso de que estallara la segunda guerra mundial— fue la consideración de que el desempleo generalizado era social y políticamente explosivo, tal como había quedado demostrado durante la Depresión. (HOBBSAWM, 199, p. 102)

O importante, para nosso estudo, é que o desenrolar histórico do capitalismo e as doutrinas marxistas e keynesianas demonstraram o papel central da questão do trabalho para o ser humano e para as economias e trouxeram à tona as imperfeições das leis do mercado e a situação de falta de proteção dos trabalhadores na dinâmica daquele modo de produção. O contraponto teórico de ambos os autores oferece condições de lidar criticamente com a tese liberal de que a falta de empregos se dá pelos altos custos do trabalho (decorrentes das leis e medidas de proteção social), bem como o mito da autonomia negocial individual do trabalhador. Ambos os autores demonstram que o capitalismo (ou ao menos um capitalismo liberal) tem por lógica a intensificação da exploração do trabalhador e que esta é a base das crises deste modo de produção. Este contraponto servirá para fundamentar a tese de que os direitos sociais não são motivo de redução ou piora dos empregos, mas são meios para tornar a exploração do trabalhador menos intensa e o sistema mais auto-sustentável.

3.2. A flexibilização e a conjuntura dos direitos sociais

Viu-se no tópico anterior que as relações de trabalho já nasceram imersas em um contexto de desregulamentação e se travavam apenas a partir do ajuste de vontades dos trabalhadores e empregadores. A regulamentação das relações de trabalho só começou a surgir, como exposto no capítulo anterior, com as lutas obreiras que vêm desde a Revolução Industrial até os dias atuais. Esta regulamentação, porém, atingiu maior expressividade no contexto do Estado de Bem-Estar Social - EBES.

Na conjuntura da Revolução Industrial, por mais que os trabalhadores houvessem conquistado alguns direitos, os corolários da autonomia e da liberdade ainda perfaziam os contornos dos contratos laborais. O EBES, respaldado pelo keynesianismo, reconheceu que a vontade dos trabalhadores pouco interfere no índice e condições de emprego e internalizou a ruptura com o paradigma clássico de que o mercado de trabalho é livre e se rege por leis harmônicas. Por mais que a discussão sobre a questão da autonomia privada não tenha sido maturada naquela época, é certo que a criação do direito do trabalho com princípios, a exemplo da proteção e da indisponibilidade, reconhecia a condição estrutural de hipossuficiência obreira. E, assim, a autonomia imperfeita de uma das partes do contrato traçava as bases do contrato laboral a partir da lei, e não apenas da vontade.

O EBES trouxe para si a responsabilidade de criar uma atmosfera em que os contratos de trabalho guardem alguma equivalência ou razoabilidade, em face do seu desequilíbrio e exploração intrínsecos. Esta ruptura só foi possível através de uma conjuntura de crise do capitalismo, a crise de 1929, que pôs em cheque as leis e pressupostos liberais; da ameaça do socialismo como modo alternativo de produção, que fez com que o capitalismo recuasse e cedesse às pressões sociais; da revolução keynesiana nos paradigmas clássicos da economia ao conciliar a valorização do trabalho com crescimento econômico. Esta conjuntura resultou em uma sociedade baseada em três pilares, conforme aponta Godinho Delgado, com bases nos ensinamentos do economista Dominique Plihon:

- a) uma “relação salarial fordista”, fundada em um “compromisso capital-trabalho”, apto a organizar “a divisão dos ganhos de produtividade provenientes da organização do trabalho”, dando origem a uma “rápida e regular evolução dos salários”;
- b) a existência de políticas públicas concertadas de “estabilização macroeconômica, de inspiração keynesiana”, que tinham o condão de garantir uma “progressão regular da demanda direcionada às empresas”;
- c) a administração ou o controle sobre os sistemas financeiros, viabilizando o financiamento bancário competitivo e eficiente das forças econômicas, mediante taxas de juros, submetidas às autoridades monetárias.(DELGADO, 2006, p. 79)

O Keynesianismo alastrou-se, principalmente entre os países centrais, através da construção da figura do Estado de Bem Estar Social, a partir da década de 1945. Em “cerca de três décadas de elevado crescimento econômico, de generalizada distribuição de serviços públicos e de significativa participação da renda-trabalho nas respectivas riquezas nacionais” (DELGADO, p. 78), dando origem ao que Hobsbawm denominou de “os anos dourados do capitalismo”.

Este cenário de maior equidade social permitido com a trégua dos pressupostos clássicos ruiu após cerca de trinta anos com a crise dos anos 1970/1980. Esta desnudou o capitalismo de suas vestes douradas e trouxe à tona a ideologia liberal dos seus curtos anos de afastamento. Esta crise econômica foi marcada pelo fenômeno da “estagflação”. Os altos índices inflacionários e de desemprego causaram grande abalo nas teorias keynesianas (que davam suporte aos EBES), pois contradizia a tese de que os índices de inflação e emprego se relacionam de forma inversamente proporcional. Esta tese se demonstra no que se chamou de curva de Phillips, que era a fórmula de estabilização da economia keynesiana.

Esta crise foi reflexo de várias mudanças mundiais que abalaram o sistema Keynesiano. Primeiramente com a globalização da economia que, a partir dos anos setenta, surpreendeu os governos do mundo, deixando-os à mercê de uma economia incontrolável. O segundo abalo se deu com a transformação dos sistemas produtivos pela Terceira Revolução Industrial que confluiu numa nova divisão internacional do trabalho, causando índices muito elevados de desemprego. O terceiro com o ataque das correntes liberais que se aproveitaram deste clima de descumprimento dos propósitos do Estado de Bem-Estar (HOBSEBORN, p. 411-412). Este contexto de crise foi o cenário ideal para solapar qualquer teoria que encarasse a economia de forma mais inclusiva. Deu-se, assim, um conformismo com as estruturas de poder e distribuição de renda. Um medo de exclusão das oportunidades do mercado se espalhou e os neoliberais souberam se aproveitar muito bem dele.

O credo neoliberal incorporou em seu discurso essas mudanças e tratou-as nos seus parâmetros de equilíbrio e perfeição de leis naturais de mercado, encobrindo todos os problemas por elas gerados na crença do perfeito funcionamento destas leis naturais. Para que estas leis e a naturalidade das coisas fossem restabelecidas, os neoliberais propuseram uma fórmula baseada nas seguintes regras básicas: disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, juros de mercado, câmbio de mercado, abertura comercial, investimento estrangeiro direto, com eliminação de restrições, privatização das estatais, desregulamentação (afrouxamento das leis econômicas e trabalhistas) e direito à propriedade intelectual. Estas regras aproveitam-se e reforçam a globalização através de uma contundente liberalização dos mercados e pela minimização do Estado, além de beneficiar a expansão sem peias das transformações produtivas dadas pela Terceira Revolução Industrial. Esse receituário para inserção dos países nessa nova era de mundo global e de produção altamente voltada às novas tecnologias consolidou-se no que se convencionou chamar de “Consenso de Washington” (WILLIAMSON, 2000, p. 252-253).

A mudança de perspectiva e a introdução da nova cartilha neoliberal resultaram em uma aceitação do desemprego como natural⁸¹ e também tratou como natural um novo parâmetro de produção baseado na exclusão e precarização de trabalhadores do sistema. Este modelo foi o toyotismo/ohnismo, precursor da quebra dos padrões fordistas de produção em massa. Para Ricardo Antunes eis as características do toyotismo em detrimento do fordismo:

- 1) é uma produção muito vinculada à demanda, visando atender às exigências mais individualizadas do mercado consumidor, diferenciando-se da produção em série e de massa do taylorismo/fordismo. Por isso sua produção é variada e bastante heterogênea, ao contrário da homogeneidade fordista;
- 2) fundamenta-se no trabalho operário em equipe, com multivariada de funções, rompendo com o caráter parcelar típico do fordismo;
- 3) a produção se estrutura num processo produtivo flexível, que possibilita ao operário operar simultaneamente várias máquinas (na Toyota, em média até 5 máquinas), alterando-se a relação homem/máquina na qual se baseava o taylorismo/fordismo;
- 4) tem como princípio o just in time, o melhor aproveitamento possível do tempo de produção;
- 5) funciona segundo o sistema de kanban, placas ou senhas de comando para reposição de peças e de estoque. No toyotismo, os estoques são mínimos quando comparados ao fordismo;
- 6) as empresas do complexo produtivo toyotista, inclusive as terceirizadas, têm uma estrutura horizontalizada, ao contrário da verticalidade fordista. Enquanto na fábrica fordista aproximadamente 75% da produção era realizada no seu interior, a fábrica toyotista é responsável por somente 25% da produção, tendência que vem se intensificando ainda mais. Essa última prioriza o que é central em sua especialidade no processo produtivo (a chamada “teoria do foco”) e transfere a “terceiros” grande parte do que antes era produzido dentro de seu espaço produtivo. Essa horizontalização estende-se às subcontratadas, às firmas “terceirizadas”, acarretando a expansão dos métodos e procedimentos para toda a rede de fornecedores. Desse modo, flexibilização, terceirização, subcontratação, CCQ, controle de qualidade total, kanban, just in time, kaizen, team work, eliminação do desperdício, “gerência participativa”, sindicalismo de empresa, entre tantos outros pontos, são levados para um espaço ampliado do processo produtivo;
- 7) organiza os Círculos de Controle de Qualidade (CCQs), constituindo grupos de trabalhadores que são instigados pelo capital a discutir seu trabalho e desempenho, com vistas a melhorar a produtividade das empresas, convertendo-se num importante instrumento para o capital apropriar-se do *savoir faire* intelectual e cognitivo do trabalho, que o fordismo desprezava;
- 8) o toyotismo implantou o “emprego vitalício” para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas (cerca de 25 a 30% da população trabalhadora, onde se presenciava a exclusão das mulheres), além de ganhos salariais intimamente vinculados ao aumento da produtividade. O “emprego vitalício” garante ao trabalhador japonês que trabalha nas fábricas inseridas nesse modelo a estabilidade do emprego, sendo que aos 55 anos o trabalhador é deslocado para outro trabalho menos relevante, no complexo de atividades existentes na mesma empresa. (ANTUNES, 2001, p. 54-55)

⁸¹ Interessante lembrar a indignação de Hobsbawm com o retorno da hegemonia liberal: Para aquellos de nosotros que vivimos los años de la Gran Depresión todavía resulta incomprensible que la ortodoxia del mercado libre, tan patentemente desacreditada, haya podido presidir nuevamente un período general de depresión a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, en el que se ha mostrado igualmente incapaz de aportar soluciones. Este extraño fenómeno debe servir para recordarnos un gran hecho histórico que ilustra: la increíble falta de memoria de los teóricos y prácticos de la economía. Es también una clara ilustración de la necesidad que la sociedad tiene de los historiadores, que son los «recordadores» profesionales de lo que sus conciudadanos desean olvidar. (HOBSBAWM, 1999, p. 110)

A criação do emprego vitalício toyotista até pode ser visto como um avanço na conquista dos direitos sociais. Porém, este emprego se assenta em bases flexíveis. Os riscos da produção são transferidos para os trabalhadores e, por isto, estes dão seu próprio sangue para aumentar a sua qualidade e produtividade, pois assim é que garantem seus salários. Os trabalhadores internalizam a exploração capitalista como se as metas da empresa fossem as suas próprias, minando qualquer movimento de defesa ou conquista de direitos e muito mais a mobilização sindical. (ANTUNES, 2002, p. 37)

Por outro lado, o toyotismo precisa de um mercado de trabalho ainda mais flexível para o funcionamento de uma grande parcela da produção que é terceirizada (75%). Os terceirizados são aqueles trabalhadores que não têm as garantias dos privilegiados inseridos nas plantas toyotistas e que são utilizados apenas de acordo com a conjuntura e necessidade dos mercados. Alguns autores responsabilizam este tipo de produção pelo aumento da precarização do trabalho e da informalidade, sob o argumento de que ele se utiliza de trabalhadores por conta própria (para quem são transferidos os riscos da empresa) e de pequenas unidades produtivas que tem baixos investimentos e faturamentos e são menos expostas à exigência do cumprimento da legislação trabalhista (CACCIAMALI, 2001, p. 120)

É certo que o modelo toyotista não foi adotado em sua inteireza em nível global. Este modelo influenciou, porém, mudanças significativas nos padrões fordistas mundiais, dotando-o de flexibilidade e descentralização. David Harvey observa esta articulação do fordismo com processos produtivos flexíveis chamando-a de acumulação flexível (ANTUNES, 2002, p. 29-30). Ricardo Antunes observa a grande potencialidade de expansão do toyotismo por estar muito mais sincronizado com a lógica neoliberal do que com a social-democrata (ANTUNES, 2002, p. 40) e aponta algumas mudanças relativas à influência daquele modelo:

Ensaia-se modalidades de desconcentração industrial, buscam-se novos padrões de gestão da força de trabalho, dos quais os Círculos de Controle de Qualidade (CCQs), a "gestão participativa", a busca da "qualidade total", são expressões visíveis não só no mundo japonês, mas em vários países de capitalismo avançado e do Terceiro Mundo industrializado. O toyotismo penetra, mescla-se ou mesmo substitui o padrão fordista dominante, em várias partes do capitalismo globalizado. Vivem-se formas transitórias de produção, cujos desdobramentos são também agudos, no que diz respeito aos direitos do trabalho. Estes são desregulamentados, são flexibilizados, de modo a dotar o capital do instrumental necessário para adequar-se a sua nova fase. Direitos e conquistas históricas dos trabalhadores são substituídos e eliminados do mundo da produção. Diminui-se ou mescla-se, dependendo da intensidade, o despotismo taylorista, pela participação dentro da ordem e do universo da empresa, pelo envolvimento manipulatório, próprio da sociabilidade moldada contemporaneamente pelo sistema produtor de mercadorias. (ANTUNES, 2002, p. 24)

O capitalismo não mais suportaria uma carga de direitos sociais e laborais como os do Estado de Bem-Estar Social e estava se aparelhando para derrubá-los. Foi necessário o surgimento de uma nova ideologia que deslegitimasse aqueles direitos e reintroduzisse a antiga idéia de Adam Smith de trabalho como propriedade, sujeito às livres e igualitárias leis do mercado que equilibram a sua demanda, resultando no pleno emprego (ou desemprego voluntário ou friccional). Essa nova ideologia tomou por nome o neologismo: “flexibilização”.

A flexibilização é a grande resposta dos neoliberais para os vultosos índices de desemprego que vem desde a década de 1970 até a atualidade. Este discurso vem associado ao da crise, da escassez, do medo, da idéia de sacrifícios obrigatórios para o alcance de bens e da inevitabilidade das mudanças do mercado, como se pode extrair da definição de Andrade:

[...] se traduz pelo uso de instrumentos jurídicos capazes de permitir o ajustamento da produção e do emprego às flutuações econômicas, às inovações tecnológicas e a outros elementos que requerem rápida adequação; É, em suma, o resultado de um direito do trabalho em crise. (ANDRADE, *apud*, p. 67)

Na mesma linha de raciocínio, Rosita Nassar defende que a flexibilização das normas trabalhistas é conseqüência de uma flexibilização maior que é a do mercado de trabalho e de fatores de ordem econômica e tecnológica (NASSAR, 1991, p. 76) como se o direito não estivesse posto para regular mercados, impor padrões de respeito e humanidade e que só servisse para seguir os rumos dos mercados.

Para os neoliberais os direitos laborais, nesta conjuntura de medo, não se perfazem como prerrogativas inerentes ao homem, eles têm sentido apenas no contexto do aperfeiçoamento das leis de livre mercado. Esta visão das normas trabalhistas é exposta pelo Banco Mundial:

O principal objetivo das leis trabalhistas é assegurar o funcionamento tranqüilo do mercado, de modo que a mão-de-obra possa ser alocada a seu uso mais produtivo e o salário seja tão alto quanto a qualidade da mão-de-obra. Isto também garante que o emprego seja maximizado. Quando surgem desequilíbrios – por exemplo, a presença de mais pessoas em busca de emprego que empregos – as regulamentações não devem impedir ajustes nos salários para corrigir os desequilíbrios. Mas essa eficiência agregada não deve ser o único objetivo das leis trabalhistas. Elas devem assegurar ainda: (i) um grau de justiça em que os contratos de emprego firmados voluntariamente sejam honrados por empregadores e trabalhadores; (ii) que o mercado seja competitivo para que empregadores e trabalhadores não precisem conchavar ou discriminar na negociação dos contratos; e (iii) que as condições de trabalho atendam aos padrões de segurança mínimos. As sociedades geralmente vão além e tentam legislar sobre o pagamento mínimo e a segurança do emprego. Assim, temos leis de salário-mínimo, restrições sobre o término de contratos e – quando os contratos têm que ser rescindidos – disposições sobre pagamento de benefícios pela rescisão. (BANCO MUNDIAL; IPEA, 2002, p. 7)

A partir desta visão do direito como facilitador da economia é que os neoliberais definem as normas brasileiras sobre o trabalho como antigas contraproducentes à realidade atual. O Banco Mundial e o IPEA, no relatório anteriormente citado, chegam a defender que é absurdo nos dias atuais que haja um salário mínimo, que se pague um mês de férias, de hora extra com acréscimo, de adicional noturno e que o pagamento destas verbas ditas “não-salariais” é injusto para com os trabalhadores informais e a solução seria nivelar a legislação por baixo, pelos parâmetros da informalidade (BANCO MUNDIAL; IPEA, 2002, p. 28-29)

O discurso neoliberal no Brasil se funda na afirmação de que o mercado de trabalho é engessado e caro devido aos direitos laborais e à Justiça do Trabalho. Estes seriam os motivos do desemprego no país pois o mercado não é competitivo (BANCO MUNDIAL; IPEA, 2002, p. 4). Um dos maiores defensores da flexibilização no Brasil, José Pastore, chega a afirmar que os custos da mão-de-obra no país são maiores do que em países da Ásia e da antiga Europa oriental o que lhe deixa em desvantagem competitiva (PASTORE, 1998). Não só as afirmações como as constatações dos neoliberais são bastante discutíveis (ANEXO 4 e 5)

Muitos países, principalmente os da América do Sul, não foram citados devido à ausência de estatísticas nas plataformas pesquisadas. Os dados demonstram uma grande proximidade dos custos laborais dos países citados por Pastore, inclusive, muitos deles, têm seu custo de mão-de-obra mais elevado que o Brasil, contrariando a sua fala e muitos deles têm uma taxa de desemprego muito superior a do Brasil. Observe-se ainda que em muitos desses países, inclusive no Brasil, a taxa de desemprego (ANEXO 6) diminui com o aumento do custo do emprego, o que desmente a tese dos neoliberais aqui explicitadas e demonstram a dificuldade em afirmar que o custo dos empregos têm influência direta na quantidade destes. Outro ponto levantado é que o trabalho é apenas um dos custos da produção, custo que é pequeno em relação aos demais. Segundo Uriarte:

Acontece, porém, que, em geral, os direitos trabalhistas ou o grau de proteção do trabalhador afetam muito pouco o custo total da produção e menos ainda o preço de venda de um produto. Na indústria manufatureira, o custo do trabalho é ínfimo como percentual do custo total da produção e menor ainda como percentual de preço de venda. Pareceria que, em média, em nossos países, o custo do trabalho tenderia a situar-se em volta dos 10% do custo de produção. Por que então empenhar-se em responsabilizar esse fator pela pouca ou alta competitividade? Não seria mais razoável buscar soluções nos outros 90%? Se os custos do trabalho fossem medianamente importantes, como explicar que os países, nos quais a participação do salário na renda nacional é de 60%, 70% ou 80%, sejam mais competitivos que os nossos, nos quais a participação do salário na renda nacional é sempre inferior a 30%? (URIARTE, 2004, p. 248)

Os críticos da visão neoliberal compreendem a incongruência daqueles em sustentar que há uma relação direta entre direitos e desemprego. Para os defensores do EBES os

direitos laborais têm função completamente diversa, as verbas que o Banco Mundial considera como salariais e não salariais têm a função de garantir a vida humana digna e de justiça social (SÜSSEKIND, 2010, p. 48), muitos das verbas citadas visam garantir a saúde e segurança mental e física do trabalhador, o seu convívio social e familiar, como as férias e o adicional de hora-extra e a proibição de um salário inferior ao mínimo visa garantir que o trabalhador tenha o mínimo acesso aos direitos fixados na Constituição Federal em seu artigo 7º, IV: "salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, reajustado periodicamente, de modo a preservar o poder aquisitivo, vedada sua vinculação para qualquer fim"

De acordo com o DIEESE – Departamento intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos, o salário necessário para a garantia dos direitos assegurados na Constituição Federal sempre esteve muito além do salário real, note-se que o salário necessário em novembro de 2011 seria R\$ 2.349,26, enquanto o real era R\$ 545,00 (DIEESE). Mesmo diante desta constatação os neoliberais, encabeçados pelo Banco Mundial defendem a necessidade de redução do salário mínimo obrigatório (BANCO MUNDIAL; IPEA, 2002, p. 33)

Os bens de vida não podem esperar que as leis do livre-mercado se equilibrem e se restabeleçam em um momento ideal em que não importe o quão baixo os salários estejam e que ainda seja considerada natural uma taxa de excluídos de cerca de 10% da população. É por isto que muitos dos defensores dos direitos característicos do EBES defendem que as normas brasileiras já são flexíveis no sentido de moldar as novas condições de trabalho e que a destruição dos direitos laborais não significaria uma flexibilização, mas sim uma desregulamentação (SÜSSEKIND, 2010, p. 53). Neste sentido Claudio Pedrosa Nunes confirma o caráter já flexível, porém não precarizador, das normas brasileiras:

Não pode a flexibilização, mais ainda, convergir para uma lógica de precarização das relações de trabalho, desprestigiando tudo o que se entenda por direitos tradicionais e históricos dos trabalhadores, ou seja, visando à redução de direitos trabalhistas como se tal lógica fosse a única a que se destina o processo flexibilizatório. (NUNES, 2009, p. 88)

Ocorre, porém, que o contexto agora é outro, a volta da hegemonia liberal trata os direitos não mais como prerrogativas humanas que cabe ao Estado concretizar. A cada dia mais os direitos passam a ser vistos como complemento da economia. A lógica do mercado livre não concebe os bens em função do ser humano, mas transforma tanto aqueles quanto este em mercadorias.

Os direitos não ficam imunes a esta lógica. A sua mercantilização pode ser percebida na lógica negocial que o liberalismo tenta atrelar aos direitos, como se estes fossem mais um bem, um simples patrimônio à mercê da autonomia privada de cada sujeito. Esta visão pode ser observada da análise dos meios defendidos pelos liberais para tratar dos direitos - a exemplo dos MARDs (Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas), incluindo-se aí a conciliação - meios que se fundam na lógica da soberania do negociado sobre o legislado, na lógica da troca, do mercado e não do que é justo ou razoável à vida. A supremacia das leis de mercado em detrimento dos direitos reifica o trabalhador (em alusão direta a Marx) e faz com que o trabalho não mais se apresente como uma potencialidade humana, mas como uma benesse concedida pela sociedade ao indivíduo, um privilégio.

Muitos autores defensores do EBEs sustentam a dicotomia entre flexibilização e desregulamentação com o fim de desmistificar a idéia de inflexibilidade, intolerância e rigidez que aquele termo impingia à norma laboral. Esta dicotomia, porém, não tem o condão de retirar o significado tão atrelado à lógica neoliberal que esta palavra apresenta. Falar em flexibilização em um contexto liberal, em que os direitos só servem à economia, é completamente distinto de falar em termos social-democrata, em que os direitos são indissociáveis dos seres e de suas vidas. Não há como transmutar este termo para o vocabulário social-democrata já que a flexibilização já se assentou no vocabulário científico e popular inserta na lógica liberal. Seria incongruente que os sociais democratas levantassem a bandeira da flexibilização como se fosse a antítese da desregulamentação. Assim, o presente trabalho não fará a dicotomia entre flexibilização e desregulamentação e se perfilará à definição de Oscar Ermida Uriarte:

“[...] a flexibilização se produz de múltiplas formas, duas das quais se destacam: diminuindo ou eliminando direitos ou benefícios trabalhistas, ou então, modificando a relação entre as fontes, mediante a prescindência dos preceitos legais pela negociação coletiva ou o acordo coletivo pelos indivíduos (*rectius*: em geral, a vontade unilateral do empregador). Esta segunda modalidade flexibilizadora – ‘a prescindibilidade’ de normas heterônomas por normas autônomas ou de normas coletivas por acordos ou atos individuais – é em última instância, um meio de chegar à primeira: a diminuição ou eliminação de direitos ou benefícios trabalhistas”. (URIARTE, 2002, p. 9)

Os defensores do EBES vêem a legislação trabalhista além da inflexibilidade, vêem-na como guardiã de um “contrato mínimo de trabalho” (DE LA CUEVA, 1949, p. 456) em que há a defesa de padrões de vida e trabalho dignos. Fora do âmbito do contrato mínimo há

um universo de questões a serem avençadas pelas partes, ou até impostas pelos patrões que são muito flexíveis, porém nos limites da humanidade e não dos da mercadoria. Em nível pré-contratual, por exemplo, pode-se negociar sobre salários, carga-horária, repouso, modo de prestação do labor, local, forma de pagamento salarial, termo do contrato... desde que se respeite o mínimo colocado na legislação; no decorrer do contrato, mesmo após decidido todos os termos deste, ainda se pode rever o contrato, devido a algumas prerrogativas do empregador decorrente do seu *ius variandi*⁸², há ainda a opção da *reformatio in mellius*⁸³, bem como há um amplo campo de reforma a partir da autonomia coletiva; com o término do contrato de trabalho em que as possibilidades de revisão são potencializadas através da renúncia ou da transação⁸⁴.

A já citada tentativa de deslegitimação do papel do trabalho na construção da identidade do ser humano e do seu papel na sociedade reflete no tratamento atual dos direitos humanos e fundamentais sociais. Por mais que a idéia de indivisibilidade das gerações/eras/dimensões de direitos, ou até a de superação destas categorias, seja sólida na doutrina, esta vem criando, por outro lado, teorias que enfraquecem a tutela dos direitos sociais através da sua flexibilização explícita ou mascarada.

Nosso trabalho enfatiza a flexibilização indireta (ou mascarada) dos direitos trabalhistas por considerá-lo uma das formas mais expressivas de desrespeito aos direitos sociais na atualidade. Esse tipo de flexibilidade não ataca diretamente a ideologia dos direitos humanos sociais, dando a aparência de defendê-los, enquanto corrói a sua efetivação. Deslegitimando, assim, muito das lutas obreiras pela defesa dos seus direitos e difundindo um clima de conformação e pacificação social.

⁸² alterações permitidas no âmbito do *ius variandi*: a) alteração do salário para maior ou forma de pagamento; b) supressão de trabalho noturno, insalubre, perigoso e horas-extra; c) mudança do local de trabalho; d) promoção; e) retrocesso funcional (reversão ao cargo efetivo ou readaptação acidentado); f) alteração de cargo ou função; g) uso obrigatório de uniforme; alteração da jornada; h) mudanças decorrentes de avanços tecnológicos ou alterações técnicas da empresa; i) alteração do regulamento, regimento ou norma interna (Cassar, p. 780-790)

⁸³ Art. 468 da CLT - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

⁸⁴ Há várias divergências quanto a este tema na doutrina e jurisprudência. CASSAR aponta seis correntes referentes à possibilidade e aos limites da renúncia e da transação.

3.3. Tipos de flexibilização das leis trabalhistas

A doutrina aponta vários tipos ou formas de flexibilização das leis trabalhistas. Serão consideradas aquelas que têm maior relevância para o presente estudo. Uma das tipologias mais difundidas é a de Jean-Claude Javillier, que se perfaz em relação à finalidade. Para aquele autor flexibilização pode ser: a) de proteção, que considera que o direito do trabalho traz em si elementos de flexibilidade podendo se conjugado com a autonomia privada ou coletiva, sempre que mais favorável ao trabalhador; b) de adaptação, quando se permite, através da autonomia coletiva, a derrogação de normas heterônomas, em face de dificuldades econômicas visando um bem maior para empresas e trabalhadores; c) de desregramento, quando há a prevalência do negociado pelo legislado não só através da autonomia coletiva, como também da individual, desconstruindo a rigidez da normatividade mínima do direito do trabalho (JAVILLIER, 1992, p. 99-100)

Uriarte acrescenta uma interessante tipologia sobre o tema: a) flexibilidade jurídica, que se relacionaria às normas que regulam diretamente a relação de trabalho; b) flexibilidade produtiva, referente à organização da produção (a exemplo do fordismo ou toyotismo); c) flexibilidade de fato, que se observa através do descumprimento das leis trabalhistas pelo empregador. (URIARTE, 2002, p. 17)

Já Alice Monteiro de Barros também acrescenta outra útil tipificação da flexibilização⁸⁵: a) normativa, que seria uma flexibilização heterônoma, isto é, imposta pelo Estado unilateralmente; b) de novo tipo, que seria uma flexibilização autônoma, isto é, que substituiria as garantias legais pelas convencionais, como primazia da negociação coletiva ou do negociado pelo legislado. Note-se que a autora não admite o uso da autonomia privada para flexibilização de direitos postos. (BARROS, 2005, p. 82)

Outra classificação similar a de Uriarte é a de flexibilização institucional e extra-institucional. Estas duas tipologias é de bastante interesse para a presente dissertação por explicitar realidade atual de grande parte das flexibilizações, bem como a conciliação como instrumento para tal. Note-se que falar em flexibilização no mundo do trabalho não se trata de falar apenas em leis ou normas trabalhistas. Hoje se observa que a flexibilização se perfaz, principalmente, de forma indireta, através da diminuição do âmbito de incidência,

⁸⁵ A autora também se posiciona de forma a tratar a desregulamentação como flexibilização.

abrangência ou rigor das normas trabalhistas ou relativizando-as frente à autonomia da vontade das partes contratantes.

A flexibilização institucional se dá através de mudanças ou inovações legislativas no sentido não só de diminuir diretamente direitos sociais, mas principalmente de condicionar a efetividade desses direitos não mais à simples existência da norma, mas a arranjos negociados de forma coletiva (convenções coletivas) ou até individual, a exemplo do banco de horas, da possibilidade do trabalho aos domingos, dos novos formatos de contrato de trabalho (por tempo determinado, parcial...). Observa-se nesta modalidade de flexibilização a tendência de não ferir diretamente o conteúdo dos direitos sociais laborais postos, mas de inserir mecanismos institucionais que garantam a “primazia do negociado sobre o legislado”. Esta tendência demonstra que o empresariado procurou se beneficiar da conjuntura de enfraquecimento da autonomia coletiva e também individual dos trabalhadores, utilizando-se das bandeiras destes (poder de negociação coletiva, de participação nos lucros...), para se beneficiarem.

No Brasil, várias foram as medidas legislativas e administrativas, principalmente na década de 90, que concretizaram a flexibilização trabalhista, atingindo principalmente os contratos, a jornada, a remuneração, a forma de resolução de conflitos e descentralizando as negociações. Segue vasto exemplo de leis flexibilizadoras: a) redução transitória dos salários até 25%, por acordo sindical, em situações excepcionais da conjuntura econômica (Lei 4.923/65); b) utilização de trabalhadores em empresa de trabalho temporário (Lei 6.019/74); c) redutibilidade salarial por instrumentos coletivos (art. 7º, VI, CF); d) flexibilização das jornadas de trabalho, mediante instrumentos coletivos (art. 7º, XIII, CF); e) ampla liberdade de despedida no regime do FGTS (Lei 8.036/90); f) lei das cooperativas profissionais ou de prestação de serviços (Lei 8.949/94); g) lei da participação nos lucros e resultados através de negociação (MP 1029/94 e Lei 10.101/2000); h) extinção da política salarial (MP 1053/95); i) reafirmação da demissão sem justa em detrimento da Convenção 158 da OIT, assinada pelo Brasil (Decreto 2100/96); j) ampliação da utilização da lei dos contratos temporários (Portaria 2, 29/06/96); k) contrato por tempo determinado (Lei 9.601/98); l) contrato por tempo parcial (MP 1.709/98); m) Súmula 331 do TST que permite a terceirização; n) suspensão de contrato de trabalho de 2 a 5 meses com programa de reciclagem profissional (MP 2.164/01); o) banco de horas (Lei 9.061/98 e MP 1952-23/00); p) permissão do trabalho aos domingos (MP 1.878 – 64/99); q) Comissões de Conciliação Prévia (Lei 9958/2000); r) redução das hipóteses de salário utilidade (L. 10.243/01).

Já a flexibilização extra-institucional seria o que Adalberto Moreira Cardoso chamaria de flexibilização a frio dos direitos trabalhistas (CARDOSO, 2003, p. 159), isto é, a flexibilização que ocorre pelo descumprimento generalizado daquelas normas. Cardoso apurou em pesquisa empírica presente em sua obra “Direito do trabalho e relações de classe no Brasil: revisitando problemas e interpretações” que há um grande índice de descumprimento de leis laborais, por parte dos empregadores, notado principalmente depois do advento da Constituição de 1988. O autor chega a essa conclusão através do cruzamento de várias estatísticas sobre o crescimento do mercado informal, um salto expressivo de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho, a presença crescente e dominante de defesa aos direitos trabalhistas instituídos nas greves da década de 1990 (ANEXOS 1, 2 e 3) e o sucateamento dos aparelhos estatais de fiscalização do trabalho (CARDOSO, 2003, p. 153)

Esta tendência também tem sido observada nos anos 2000. Além da persistência do alto índice de trabalhadores informais, bem como do de demandas na Justiça do Trabalho, estatísticas do DIEESE constataam um alto índice de greves defensivas (relativas ao descumprimento ou a favor da manutenção de direitos): em 2004 foram 54% (DIEESE, 2005, p. 12); em 2005 foram 45,2% (DIEESE, 2006a, p. 8); em 2006 foram 48,2% (DIEESE, 2006b, p. 6); em 2007 foram 58,4% (DIEESE, p. 13).

A mudança do uso das greves de luta pela conquista ou melhora nos padrões de trabalho pela luta para efetivação de direitos já conquistados é eloqüente. Esta mudança, somada ao que Boaventura de Sousa Santos chamou de procura suprimida⁸⁶ de direitos (SANTOS, 2007, p. 31) demonstra que para os empresários burlar direitos parece não só ser economicamente mais viável que respeitá-los, como se apresenta como uma alternativa mais fácil de flexibilização, sem os custos, o desgaste e o tempo requeridos por uma luta dos empresários na arena política para a mudança na legislação laboral.

As benesses dessa flexibilização reflexa vem sendo cada vez mais entendido pelos empresários. Exemplo disso é que a FIRJAN – Federação de Indústrias do Rio de Janeiro - elaborou um documento chamado de “Proposta da FIRJAN para a democratização das relações de trabalho” que sustentava não ser necessário mudanças na Constituição Federal para flexibilizar as normas trabalhistas, pelo fato de haver plena liberdade para que as negociações coletivas o façam. Segundo próprias palavras da Federação: “Essa compreensão

⁸⁶ Para Santos há uma demanda efetiva de direitos nos tribunais, que é a que chega a estes e é conhecida, e uma demanda potencial (a demanda suprimida) que não se concretiza principalmente pelo sentimento de impotência sentido por aquele que tem seus direitos violados. (SANTOS, 2007, p. 31)

sistemática de nossa Lei Maior viabiliza não só a transição de modelos, como elimina dúvidas de um desgastante processo de desconstitucionalização de direitos sociais” (FIRJAN, 2000, p. 4). Outro ponto que aparece como necessário para que esta flexibilização se dê é o fortalecimento das formas de prevenção e auto-resolução de conflitos individuais (FIRJAN, 2000, p. 8)

É neste sentido que a presente dissertação considera como flexibilização extra-institucional aquelas obtidas através do princípio da “primazia do negociado sobre o legislado” (negociação autônoma ou de novo tipo), porém, quando esta não decorra de permissão da lei, como ocorre, principalmente, nos casos do uso da autonomia individual (muito comum nas conciliações e outros tipos de MARDs) que vão de encontro a escolha constitucional de tratar os direitos laborais como direitos humanos fundamentais e, portanto, indisponíveis. A imposição da principiologia da “primazia do negociado sobre o legislado” em casos particulares, sem que se enfrente o fato de que a Constituição brasileira impõe uma ordem imperativa ao tratamento dos direitos laborais é uma forma de fraude ao Ordenamento Jurídico brasileiro. A contradição entre os princípios constitucionais e do direito laboral e o uso das MARDs pelo judiciário, através do instituto da conciliação, já foi percebida pelo Banco Mundial. E é apontada como uma brecha para que se consiga a “supremacia do negociado pelo legislado” em um sistema que se funda na Ordem Pública:

Todos os litígios individuais começam com o ajuizamento de uma reclamação trabalhista, pelo trabalhador ou pelo sindicato, na Junta de Conciliação e Julgamento. O empregador é notificado e solicitado a apresentar documentos que o isentem de culpa. Nesse estágio, o processo é completamente burocrático. Nas audiências, o juiz pergunta ao empregador se este gostaria de fazer uma contraproposta ao empregado. Em caso afirmativo, o juiz pergunta ao empregado se a contraproposta lhe é satisfatória. Se o empregado a aceita, o processo é extinto. Caso contrário, o juiz tenta fazer as partes chegarem a um acordo. Se o empregador não fizer uma contraproposta ou se a conciliação não produzir resultados, a audiência é encerrada. A demanda é, então, analisada pelo juiz responsável pela prolação da sentença.

É importante enfatizar um ponto: sempre há espaço para a negociação! Portanto, são incluídas cláusulas desse tipo, protegidas por lei, nos contratos individuais de trabalho. Na verdade, a maioria das demandas e, portanto, dos direitos negociados, referem-se a direitos individuais cultuados pela CLT e/ou pela Constituição. Os dados mostram que existe uma grande fração (quase 80%) de litígios levados aos tribunais trabalhistas abordando cláusulas já previstas em lei. O procedimento regular é chegar a um acordo entre as partes. Em outras palavras, significa que a possibilidade de negociação de cláusulas individuais previstas em lei é disponibilizada a patrões e a empregados. Mais de 60% das disputas que não são extintas no estágio de conciliação são decididas em favor de ambos, trabalhador e empresa. As decisões que proporcionam vitória total ao trabalhador correspondem a um percentual menor e aparentemente em declínio (10% a 20%), enquanto os litígios decididos em favor do empregador totalizam entre 15% e 30%. (BANCO MUNDIAL; IPEA, 2002, p. 34)

Este viés indireto na tentativa de implantar a flexibilização se apresenta como a nova aposta das empresas, dos neoliberais e as instituições que lhes dão suporte. Atualmente o Banco Mundial, cessou o seu discurso aberto em prol da flexibilização e está concentrando esforços no estímulo à implantação das MARDs e de reformas judiciais, assim, estes têm conseguido bastantes resultados como se pode observar na grande mobilização no Brasil para a aprovação de reformas processuais e judiciais, reformas estas que têm como pilar introduzir valores de eficiência econômica (como celeridade, baixos custos, previsibilidade) na atividade jurisdicional, dando pouquíssimo enfoque a valores como justiça e equidade.

3.4. A flexibilização no direito brasileiro

A questão da flexibilização no Direito brasileiro liga-se ao tema anteriormente tratado da indisponibilidade. Posto que, fora da atividade legislativa, isto é, no âmbito do Ordenamento Jurídico, só se poderá flexibilizar aqueles direitos que forem considerados disponíveis. Ambos os temas apresentam-se de forma bastante controversa no direito brasileiro devido ao posicionamento ideológico daqueles que a analisam, bem como a julgados às vezes imprecisos quanto a autorização e limites desta.

O marco legal para a questão da disponibilidade dos direitos laborais no Brasil se encontra no art. 7º, VI, XIII, XIV da Constituição Federal, que permite a negociação coletiva para flexibilizar certos direitos constitucionais laborais e o artigo 444 da CLT:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Romita refere-se a três pontos em que se legitima a flexibilização dos direitos laborais: “1ª) a distinção entre o momento genético do direito e o direito já adquirido; 2ª) distinção entre indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa; 3ª) indisponibilidade no plano individual e no plano coletivo.” (ROMITA, 2009a, p. 429)

O primeiro ponto refere-se à crença, aqui já colocada, de que a indisponibilidade dos direitos laborais se funda na hipossuficiência do obreiro durante a vigência do contrato de trabalho. Por tal razão, então, sustenta-se que a indisponibilidade existe apenas na durante a

relação laboral e que os direitos já adquiridos poderiam ser flexibilizados depois de cessada aquela relação. Esta tese é criticada por aqueles que sustentam que o fundamento da indisponibilidade das normas trabalhistas não reside na hipossuficiência, mas no fato de que estes são preceitos de ordem pública de interesse social e não individual. Além disto, os críticos ainda sustentam que a hipossuficiência obreira ainda perdura com o rompimento do contrato laboral, pois a procura de empregos sempre excede a oferta além de que o rompimento daria ensejo a um estado de necessidade econômica que pressionaria suas decisões.

O segundo ponto pressupõe que os direitos se classificam em: a) primários, aqueles que derivam da Constituição, sendo assim inderrogáveis; b) secundários, aqueles outros direitos que derivam de normas ordinárias, considerados assim patrimoniais e derogáveis. Assim só os direitos secundários poderiam ser flexibilizados enquanto que os constitucionais não. Este ponto de vista também pode variar em relação aos sujeitos que poderiam flexibilizar as normas secundárias. Há os que sustentem que estas normas só poderiam ser flexibilizadas a partir da autonomia coletiva e outros também consideram válida a autonomia individual. (ROMITA, 2009a, p. 429)

Este ponto de vista assemelha-se muito ao de Maurício Godinho Delgado que classifica as normas trabalhistas como de: a) indisponibilidade absoluta, que seriam aqueles que garantiriam um patamar mínimo civilizatório; b) de indisponibilidade relativa: que seriam todos os outros direitos. Estes últimos poderiam ser flexibilizados pela autonomia coletiva (DELGADO, 2006b, p. 218). O problema desta teoria é que os contornos do que seria este patamar mínimo civilizatório são muito imprecisos, considera-se como absolutamente indisponíveis aqueles insertos na Constituição, as convenções internacionais ratificadas pelo país e as normas infraconstitucionais que assegurem patamares de cidadania ao trabalhador.

Vólia Bomfim Cassar defende que sejam considerados como de indisponibilidade absoluta⁸⁷ todos os direitos, princípios e valores que tenham origem heterônoma como os previstos na Constituição, nas leis, decretos e normas de medicina e segurança do trabalho. Já os de indisponibilidade relativa seriam aqueles que tenham fonte autônoma como os estipulados em normas coletivas, regulamentos de empresa, contrato de trabalho, dentre

⁸⁷ Para Romita são de indisponibilidade absoluta: os direitos de personalidade, a liberdade ideológica, liberdade de expressão e informação, igualdade de oportunidades de tratamento, não discriminação, idade mínima de admissão ao emprego, salário mínimo, saúde e segurança do trabalho, proteção contra a despedida injustificada, direito ao repouso, direito à sindicalização, direito de representação dos trabalhadores, direito à negociação coletiva, direito de greve, direito ao ambiente de trabalho saudável.

outros (CASSAR, 2009, p. 31). O presente trabalho se filia ao entendimento desta autora, explicitando ainda que, além das normas de fonte autônoma, para o presente trabalho também é permitido flexibilizar normas que permitam explicitamente que a autonomia coletiva o faça.

O terceiro ponto diz respeito à possibilidade de flexibilização no plano coletivo ou individual e, de certo modo, confunde o fundamento da indisponibilidade das leis laborais ao argumentar que este desaparece diante da autonomia coletiva, pois a hipossuficiência cessaria com a união da coletividade em sindicato. Assim, defende-se que a autonomia coletiva está apta a fixar níveis de direitos inferiores ao estabelecido em lei. Romita faz uma crítica pertinente a esta corrente ao explicitar que o fundamento da indisponibilidade não é a hipossuficiência, mas sim a caracterização da norma como de ordem pública (ROMITA, 2009a, p. 430-431). Neste sentido, se esta lógica se levasse ao extremo, se o sindicato tivesse a legitimação de dispor dos direitos fundamentais do trabalhador, este também poderia dispor do seu direito à vida. Assim, nas palavras daquele autor:

Quando se considera a negociação coletiva, não se está diante de uma hipótese de “disposição” de direito, mas de regulamentação desse mesmo direito. O sindicato age não “dispondo” do interesse individual de cada trabalhador, porém disciplinando suas relações futuras com o empregador. Observa Piera Fabris que, não obstante, tal negociação não tem por objeto a composição de interesses individuais contrapostos, isto é, os conflitos individuais entre empregado e empregador, mas sim a melhor composição final de interesses da própria coletividade interessada.

Convém não confundir aquisição do direito com modo de exercício do direito. Não se confundem as duas noções: a aquisição do direito não pode ser objeto de renúncia antecipada, mas o modo de exercê-lo pode perfeitamente ser negociado. (ROMITA, 2009a, p. 431)

É interessante observar que a doutrina brasileira muito se dedica à análise do tema da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos laborais, mas muito pouco se dedica à incidência deste tema no âmbito da conciliação judicial trabalhista, o que é de se espantar diante do alto índice de processos conciliados na seara laboral.

Mesmo diante da defesa ardorosa de Romita visando limitar a flexibilização dos direitos laborais, este tratamento não é o mesmo em face da conciliação. No único parágrafo que o autor dedica ao tema, coloca-se que os atos de renúncia operados em juízo em face da conciliação escapam a anulabilidade, pois se pressupõe que haja havido uma transação (em que há concessões recíprocas) e que, sem mais, esta traria vantagens às partes que assim evitariam o processo judicial. (ROMITA, 2009a, p. 428)

A mesma mudança de comportamento se vê em Vólia Bomfim Cassar que, mesmo encarando a flexibilização de forma bastante rígida, defende que ela se dê no âmbito da conciliação por que, nesta, o que se concilia é o risco da demanda (CASSAR, 2009, p. 179), como se as demandas, no fundo, não tratassem de direitos constitucionais e sociais de primeira importância.

Plá Rodriguez segue a mesma tendência de Cassar e admite que por mais que a conciliação não implique necessariamente uma renúncia, pode conduzir a esta, porém esta se legitima, pois:

[...] em face da dificuldade em conseguir sempre uma justiça certa, pela inadequação dos meios de prova e de aproximação à verdade, e diante da impossibilidade de lograr uma justiça oportuna pela lentidão dos procedimentos jurisdicionais, almejassem a conciliação como uma esperança de solução pronta e concreta, ainda que importe ela em renunciar à possibilidade de lograr tudo o que se cria ter direito. (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 108)

Maurício Godinho Delgado trata da conciliação como uma figura correlata à disponibilidade dos direitos, situando-a como par da renúncia e da transação, sendo, diferentemente daqueles, um ato judicial, que poderia abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada (DELGADO, 2006b, p. 217). Neste sentido também se posiciona a jurisprudência majoritária do TST:

A transação realizada antes da prolação de sentença de mérito caracteriza-se pela 'res dubia', isto é, há incerteza subjetiva quanto ao devido. Verbas discriminadas nos moldes exigidos pelo art. 832, § 3º da CLT. Não há se falar em indisponibilidade do crédito previdenciário, pois somente existirão no caso de ocorrer pagamento de valores salariais (fato gerador). (TST *apud* CASSAR, 2009, p. 179)

A grande maioria dos autores brasileiros pouco trata da conciliação e nada diz sobre os motivos que faz com que este instrumento seja autorizado a desrespeitar direitos fundamentais constitucionais e a ordem pública. Impressiona ver que toda crítica tão bem construída por diversos autores quanto à impossibilidade de flexibilização se torne inexistente em se tratando de um meio de resolução de litígios que é responsável por cerca da metade de conflitos laborais no país. Nada se tem colocado nos manuais para que se ensine como se defender os direitos fundamentais em face da constituição e esta deveria ser a meta maior dos ordenamentos jurídicos e não apenas a pura e simples solução de conflitos.

Como se observou em tópicos passados a conciliação tem sido um dos meios mais efetivos para que a flexibilização das normas trabalhistas se dê no Brasil e este instrumento tem sido potencializado por ações de instituições internacionais e empresariais visando a mercantilização dos direitos fundamentais sociais, muitas vezes de maneira a fraudar o ordenamento jurídico brasileiro. A flexibilização está sendo institucionalizada do país através de várias reformas processuais e campanhas que partem do próprio Judiciário (como o Projeto Conciliar é Legal) sem que haja um debate profundo (ou pelo menos explícito) sobre o que se pretende com a inserção no nosso Ordenamento da primazia do negociado frente ao legislado.

3.5. A flexibilização e o neoliberalismo na prática: quais os efeitos para o trabalhador?

O historiador Eric Hobsbawm encara a retomada da hegemonia neoliberal, não como uma ideologia que foi vitoriosa e trouxe efetivas soluções para os problemas surgidos com o fim dos trinta anos dourados keynesianos, mas como uma ideologia que cresceu frente à descrença de outra que não conseguia mais manter, em épocas de crise, seu modelo de compromisso atuante com o bem-estar social (HOBSBAWM, 1999, p. 411-412). O presente tópico pretenderá demonstrar através de estatísticas que a tese de Hobsbawm está correta, além de expor a fragilidade de muitas das teses neoliberais demonstradas e combatidas neste capítulo.

Quanto aos trabalhadores, a bandeira neoliberal da flexibilização, não só não criou mais empregos, como agudizou o problema com a perda do poder aquisitivo daqueles e a disseminação a cada dia maior do medo de estar à margem. A constatação do aumento de tolerância para com o desemprego e a exclusão, mostrada por Avelãs Nunes (que passou de 2,5% para 7% nos Estados Unidos) a partir da criação do que se chamou de “taxa natural de desemprego” demonstra que o grande sucesso neoliberal foi incutir sua ideologia nos indivíduos e na sociedade. Outra tese não poderia justificar as estatísticas que se seguirão.

O que primeiramente chama mais atenção é que o PIB real mundial sempre cresceu desde 1971 até os dias atuais (período aos quais se tem acesso nas estatísticas da OECD – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), exceto no ano de 2009 (OECD)⁸⁸. Em contrapartida, as taxas de desempregos também são crescentes em todo o mundo, desde a década de 1970 (POCHMANN, 2008, p. 10), e esta tendência vem se

⁸⁸ Disponível em: <http://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=32465&lang=fr>

tornando ainda mais aguda nos países desenvolvidos. A constatação do aumento de tolerância para com o desemprego e a exclusão somada à constatação de que a riqueza do mundo aumenta a cada ano nos faz pensar sobre o alerta de Ignacy SACHS, para que se encare o problema do ponto de vista político, não apenas sob o fácil argumento das crises econômicas:

Nosso poder tecnológico seria, desde já, suficiente para oferecer a cada um dos homens um conforto material razoável. Segundo dados do Banco Mundial, a renda média *per capita*, em plano mundial, estava em 1992 na casa dos US\$ 4.300. Para efeito de comparação, a renda *per capita* no Reino Unido era de US\$ 4.593 em 1990 e a dos Estados Unidos, na mesma época, de US\$ 4.096 (Maddison, 1994). Entretanto a desigualdade que caracteriza a distribuição das rendas entre países e dentro dos países tira toda e qualquer significação de tal média. Em 1991, o quinto mais rico da população do mundo apropriava-se de 84,7% do PNB mundial, enquanto o quinto mais pobre estava reduzido a 1,4% (...) a exclusão passou a liderar, superando a exploração. (...) A distribuição cada vez mais desigual dos frutos dos progressos tecnológico e econômico resulta da má organização social e política, não da escassez de bens. Aponta para a responsabilidade do poder político, incapaz de assegurar o uso judicioso do poder tecnológico. (SACHS. 1995, p. 31)

A relação entre neoliberalismo e desemprego se faz saber quando se constata que em 1999, auge no neoliberalismo no mundo, a taxa de desemprego aberto para as nações desenvolvidas⁸⁹ era estimada em 6,18%, enquanto em 1975, em plena crise que abalou o Estado de Bem-Estar Social, era de 4,04%, em 24 anos, esta taxa aumentou 53%. Nas nações não-desenvolvidas, a taxa de desemprego aberto subiu 200%, passando de 1,79% em 1975, para 5,35% em 1999. “No mesmo período, o Brasil destacou-se por ter a sua taxa de desemprego aberto aumentada em 369,4%, [...] Nestes últimos 24 anos, o volume de desempregados no mundo foi multiplicado 3,65 vezes.” (POCHMANN, 2005, p. 86). Por outro lado, não só a relação entre o custo da mão de obra (como já exposto anteriormente), como entre o nível de proteção das legislações trabalhistas e o desemprego parece não se confirmar com as estatísticas mundiais (ANEXO 7).

As estatísticas sobre a concentração de renda parecem confirmar a tese de que o trabalho é a principal forma de aferição de renda de grande parte da população. As estatísticas Nos anos 80, considerado um período de recessão mundial, ou a década perdida, constataram que a renda média dos 10% mais ricos era 6,5% mais alta que a média dos 20% mais pobres nos países semi-periféricos, já nos anos 90, auge das políticas neoliberais nestes países, a diferença aumentou para 7,1 vezes nos países semi-periféricos e para 5,8 vezes nos de periferia (POCHMANN, 2005, p. 35).

⁸⁹ Foram tomados como países desenvolvidos: Austrália, Canadá, EUA, Japão e Europa Ocidental e não desenvolvidos os demais.

Outros dados mais incisivos apontados pela doutrina parecem demonstrar o fato de que a teoria liberal do desemprego voluntário não se confirma na prática. De acordo com Arnaldo SUSSEKIND: No Brasil, a rotatividade de mão de obra cresceu entre 35% e 40% após a vigência da lei do Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço – FGTS a primeira lei do mundo a flexibilizar o sistema de estabilidade decenal, este demonstrou ser um dos índices mais altos do mundo (os Estados Unidos e a França tinham um índice de 14% e o Japão de 12%). Na Argentina: “o processo de flexibilização iniciado em 1991 foi acompanhado de um persistente aumento de desocupação que chegou a 20% e da ocupação precária que chegou aos 85%”. No Chile, “Depois da reforma trabalhista de 1978/79, o desemprego também aumentou persistentemente até 20% e só desceu após drásticas medidas macroeconômicas”. Na Colômbia, “o desemprego oscilava entre 5 e 6% quando, em 1990, foi aprovada a Lei da Reforma Trabalhista (...). Hoje o desemprego aproxima-se aos 20%”. No Uruguai, “o percentual histórico de desemprego, perto de 10% cresce até mais de 20% no lapso da flexibilização.” (SUSSEKIND, 2010, p. 50-55)

O Brasil é um grande exemplo sobre os efeitos da flexibilização não só pela sua experiência nociva com esta, como pela sua recuperação econômica depois do abandono de diretrizes neoliberais em troca de uma política de inspiração keynesiana, de aumento do gasto público, fortalecimento da renda (e dos salários).

A década de 90 no Brasil, com o governo Collor e Fernando Henrique Cardoso, foi marcada pela implantação do modelo econômico liberal, com a diminuição da intervenção do Estado em questões sociais e na produção⁹⁰, com a privatização do setor produtivo estatal e a diminuição e redirecionamento do gasto público; com o avanço da desregulamentação financeira, econômica e comercial. Essas mudanças causaram grandes impactos no processo interno de reestruturação produtiva no país. As novas políticas, principalmente a estabilização monetária, fez com que o Brasil se inserisse na nova divisão internacional do trabalho e se tornasse cada vez mais especializado na exportação de bens de menor valor agregado que se utiliza principalmente de mão-de-obra de baixo custo (POCHMANN, 2008, p. 11), além de ter se tornado mais dependente das conjunturas mundiais, devido a orientação da política macroeconômica para o mercado externo (POCHMANN, 2010, p. 27)

⁹⁰ Seria um engano utilizar a expressão “diminuição da intervenção do Estado na economia” porque não é isso o que ocorre nas políticas neoliberais. No Brasil, grande parte do gasto público, financiado inclusive com o dinheiro de empréstimos e das privatizações, foi direcionado para o pagamento de dívidas financeiras e para garantir a solvência de grandes corporações econômicas. (POCHMANN, 2010, P. 34)

Esta reestruturação econômica foi acompanhada de uma reestruturação legal. A partir de 1995 o Brasil começou a conviver com uma diversidade de contratos de trabalho, introduziu-se os contratos temporário, o baseado na lei do simples, por tempo determinado, a terceirização favorecida pela Súmula 331 do TST, a flexibilização da demissão do serviço público, o contrato de primeiro emprego, a autorização da cooperativa profissional ou de prestação de serviços; Todas essas mudanças favoreceram a proliferação de ocupações terceirizadas, autônomas, eventuais e informais, bem como a diminuição do rendimento do trabalho na renda nacional em quase metade, acredita-se que os resultados da flexibilização das leis trabalhistas não tenha sido pior devido a existência da política social estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Márcio Pochman explicita esse quadro comparando os anos de 1975 a 1989 (antes do reajuste neoliberal) com os anos de 1990 a 2003 (período do ajuste neoliberal):

Em 2003, por exemplo, o trabalho autônomo representou 19% da ocupação total da indústria de transformação, quase três vezes mais que em 1989 (6,6%), enquanto o emprego assalariado respondeu por 79,6% dessa ocupação, com somente 56,7% em regime contratual formal. Quando comparado o período mais recente (1990 a 2003) com o anterior (1975 a 1989), percebe-se com mais clareza o comportamento geral do mercado

Para os 24,6 milhões de brasileiros que ingressaram no mercado de trabalho entre 1975 e 1989, 94,7% conseguiram uma ocupação. Desses 74% foram empregados assalariados – seis em cada dez contratados em regime formal. O comportamento do desemprego aberto se mostrou insignificante: para cada cem brasileiros que ingressaram no mercado de trabalho, menos de três, em média, tornaram-se desempregados.

Já a partir de 1990, o desemprego avançou rápida e consideravelmente. A cada cem brasileiros que ingressaram no mercado, trinta, em média, perderam seu posto de trabalho: o desemprego tornou-se dez vezes maior que no período anterior.

Dos que conseguiram uma ocupação, somente seis a cada dez foram contratados como assalariados, dos quais 75% em regime formal de trabalho. Em contrapartida, houve o aumento de ocupação não-assalariada, em geral sem proteção social e trabalhista.

[...]

Como consequência da desestruturação do mercado de trabalho no Brasil, ocorreu uma queda significativa do rendimento do trabalho na renda nacional. Dos 50% da renda nacional absorvida pelo trabalho no fim da década de 1970, passou-se para menos de 36% em 2003. (POCHMANN, 2008, p. 25-27)

Outro ponto observado por Pochmann em relação à precarização do trabalho foi em relação à terceirização. Em 2005 os terceirizados representavam 16% do total do emprego formal do setor privado. Esta grande parcela da população sofre imensa desigualdade de salários e condições de trabalho desempenhando o mesmo (ou similar) papel dos empregados

formais e apresenta quase o mesmo perfil daquele⁹¹. Dados referentes ao ano de 2005 demonstram que a remuneração do trabalhador terceirizado representa cerca de dois terços da remuneração média dos formais (POCHMANN, 2008, p. 32-33).

O trágico resumo das conseqüências das políticas liberais no Brasil se torna mais evidente ao comparar as estatísticas do emprego no Brasil após a ruptura com as políticas liberais no governo Lula. O governo Lula procurou diminuir a vulnerabilidade e dependência externa do Brasil, com as seguintes medidas: diversificando seus parceiros comerciais; priorizando o setor produtivo em detrimento do especulativo; pagando a dívida externa líquida do setor público; ampliando as reservas nacionais; elevando os gastos públicos e direcionando-os em investimentos de infra-estrutura e energia, reforçando as empresas e bancos estatais e criando novas empresas públicas; defendendo o mercado interno com a recomposição da remuneração e do emprego do funcionalismo público, com as políticas de rendas voltadas ao aumento do salário mínimo nacional, maior inclusão de pessoas na Previdência Social, com programas de transferência de renda como o bolsa família e com a expansão do crédito (POCHMANN, 2010, p. 44-48).

A diminuição da dependência externa do Brasil, o aumento do gasto público e o aumento dos rendimentos da população, ao contrário do que sustentavam os liberais, aqueceu a economia, fortaleceu o mercado interno, o consumo, a demanda, lembrando o ciclo virtuoso keynesiano. A taxa de desemprego diminuiu de 9,6% em 1999 para 7,1% em 2008 (ANEXO 6) (na contramão dos Estados Unidos, por exemplo, que aumentou seu desemprego de 4.2% para 5.8% chegando a 9.3% em 2009). O PIB brasileiro (a preços atuais) foi de 2.812 dólares em 2002 para 10.702 dólares em 2010⁹². A inflação passou de 8.5% em 2002 para 4.9% em 2009⁹³. O grande impacto das reformas em relação ao trabalho foi na evolução da População Economicamente Ativa – PEA entre os anos 2002 e 2009: a PEA situada na faixa de pobreza foi reduzida em 40,8%, enquanto que a constituída por não pobres cresceu 61,2% (POCHMANN, 2010, p. 50)

É certo que o Brasil ainda está distante de oferecer, a seus cidadãos, condições ideais de vida. Porém, não se pode negar a grande melhora sócio-econômica vislumbrada entre os

⁹¹ Em 2005, quanto à escolaridade, 44,3% do total dos trabalhadores terceirizados tinham até a oitava série do ensino básico, enquanto a escolaridade do total das ocupações era de 41,2% com mesma formação. Quanto ao sexo, 68% dos terceirizados eram homens enquanto 60% dos formais também o eram. A maior concentração de emprego terceirizado estava na faixa de 25 a 39 anos, faixa um pouco acima do emprego formal total. (POCHMANN, 2008, p. 32)

⁹² Plataforma de consultas do Banco Mundial disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?display=default>. Acesso em: 02.01.2012

⁹³ Plataforma de consultas do Banco Mundial disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/FP.CPI.TOTL.ZG?display=default> Acesso em: 02.01.2012.

anos 2002 (fim do governo neoliberal de Fernando Henrique Cardoso) e os anos 2010 (fim do governo Lula). Mesmo em face da grande crise mundial que o mundo tem vivido desde 2008 até a atualidade. O exemplo do Brasil desconstrói muitos dos prognósticos neoliberais e demonstra que romper com esta ideologia não só é possível como recomendável. Este exemplo demonstra a cima de tudo que o desenvolvimento econômico não pode estar dissociado do social e que este fortalece aquele.

Muitos autores de renome, como o já citado Hobsbawm e Perry Anderson afirmam que diante dos fatos, a grande vitória neoliberal tem sido sustentar sua ideologia, mesmo diante dos seus fracassos práticos:

Economicamente o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas comoqueria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas. (ANDERSON, 1995, p. 23)

A solução para a questão do trabalho é possível e passa muito mais por repensar as políticas públicas para que estes resultados econômicos sejam distribuídos de forma a equilibrar economia, justamente no sentido que MAIOR e CORREIA, bem como DELGADO, sustentam de uma economia com retorno social que gere um ciclo virtuoso distribuição de renda, fortalecimento do mercado de consumo e trabalho interno e aquecimento da economia. Esta alternativa não passa por uma desregulamentação do mercado de trabalho, por que como já demonstrado, a lógica do desemprego voluntário é falaciosa e a diminuição do preço da mão-de-obra não trouxe geração de empregos, muito pelo contrário. Conforme alerta POCHMANN, deve-se recordar que:

[...] na década de 1990, as teses a respeito dos “inempregáveis” e sobre o fim do emprego formal hegemonizaram o pensamento neoliberal no Brasil. Diante do ridículo dinamismo econômico imposto pela despreparada opção de abertura comercial, produtiva e financeira, o crescimento do desemprego, da informalidade e do desassalariamento regulamentado foi tratado pelos governos da época, bem como apoiado por especialistas de plantão, como fenômeno natural e intrínseco aos novos tempos. Frente à perspectiva tecnológica, inclusive, não haveria nada mais a fazer senão se conformar com o aumento dos “inempregáveis”, salvo a proposição da flexibilização do mercado de trabalho, pois visaria tornar o autoemprego a tábua de salvação dos que fracassavam. Nestes termos, a vítima – identificada pelos desempregados em expansão – foi associada ao atraso, incapaz de se encaixar na modernidade neoliberal. Modernidade essa que somente ousava flexibilizar o direito do trabalho, jamais o direito da propriedade. (2010, p. 61)

O erro desta perspectiva já está sendo considerado por vários organismos internacionais⁹⁴, muito devido à insustentabilidade das teses liberais frente à crise econômica de 2008 até os dias atuais. A OIT lançou um informe significativo intitulado de: “*Los mercados al servicio del empleo*”⁹⁵ que corrobora em muito a importância de que os países invistam em reformas no sentido das ocorridas no Brasil, reforçando o vínculo entre salários e produtividade e os chama para que reforcem seus programas e legislações laborais visando não só aquecer a demanda econômica e a saída da crise, como fazer com que os mercados se ponham a serviço do emprego e não o contrário.

O próximo capítulo falará da conciliação judicial trabalhista como um dos programas neoliberais que ainda se tenta legitimar no Brasil e como uma das modalidades de flexibilização dos direitos humanos sociais laborais. Conforme o presente tópico, se buscará mostrar os prejuízos desta prática procedimental neoliberal na efetivação dos direitos sociais, bem como fortalecer a tese de que estes direitos não devem ser tratados como mercadorias, mas sim como condições de vida humana digna.

⁹⁴ Segundo Arnaldo Süssekind: “Até o Banco Mundial (BIRD), que sempre defendeu ortodoxalmente, a teoria do liberal Milton Freedmann, já demonstra sua preocupação com a universalização das injustiças sociais, talvez por verificar que a redução do poder de consumo dos países não plenamente desenvolvidos prejudicará, a médio prazo, a exportação de bens e serviços dos que comandam a economia mundial e acabará por irradiar conflitos sociais generalizados” (SÜSSEKIND, 2010, p. 45)

⁹⁵ Documento Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_166405.pdf

CAPÍTULO 4 – CONCILIAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA: FORMA DE EFETIVAÇÃO OU DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

4.1. Uma introdução à questão da conciliação e do Judiciário trabalhista

O tema da conciliação judicial no Brasil está muito atrelado à questão do protagonismo do Judiciário. Não só devido ao grande número de demandas que são submetidas a este, mas pelo fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da vida ou da política, ou politização do Judiciário. Estes problemas ainda correlacionam-se com os debates sobre a necessidade de reformas processuais e do acesso à justiça. Para que todas estas questões sejam entendidas, é necessária uma análise da conjuntura do Judiciário e dos direitos no país.

O fenômeno da judicialização, bem como das ondas de reformas processuais e dos movimentos de acesso à justiça, não são exclusividade do Brasil. Estas questões vêm sendo bastante discutidas em todo o mundo e com maior ênfase nos Estados Unidos. Principalmente a partir da crise das sociedades liberais, e com o advento do *welfarismo* (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10-11). Porém, ocorre que, no Brasil como em toda a América Latina, o trajeto do Estado em suas facetas liberais ou *welfaristas*, bem como a conquista dos direitos sociais se deu de forma distinta ao que se é contado na história clássica dos direitos. O país nunca teve um perfil bem definido e efetivo de Estado de Bem-Estar, e vem de uma mobilização tardia dos direitos sociais, normalmente vinculada à configuração de uma classe de operários industriais, que só teve espaço com a industrialização também tardia do país.

Essa conquista de direitos sociais foi precoce, porém, em comparação à sucessão clássica das gerações de direitos. O acesso àqueles direitos deu-se primeiro que o acesso à plenitude dos direitos civis e políticos. Assim, só se pode falar em direitos sociais a partir da Constituição de 1934, da Era Vargas. Uma conjuntura também bastante *sui generis*, já que estes direitos se deram no contexto de um Estado totalitário, mais como consequência de um projeto político nacional desenvolvimentista do que pela conquista direta dos trabalhadores. A fragilidade da conquista desses direitos era tal que, superado o modelo desenvolvimentista de Vargas, com o advento da ditadura militar, logo os direitos sociais perderam sua razão política e só reapareceram com o advento da Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988 é o mais próximo do que se poderia chamar de *welfarismo* no Brasil. Ela foi responsável pelo o que Boaventura de Sousa Santos chamou de “curto circuito histórico”. Isto é, pela consagração em um único ato constitucional de direitos que os países centrais foram conquistando num longo processo histórico (SANTOS, 2007, p. 20). É certo que a Constituição trouxe consigo direitos laborais que já estavam presentes na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT da Era Vargas. Porém, somados a estes, também trouxe um rol extenso de direitos ditos de primeira e de terceira geração, além de um programa político e ferramentas para o implemento e exigência desses direitos. Pela primeira vez, os direitos sociais apareceriam como direitos do ser humano como tal e não apenas como consequências de determinadas políticas. A sua promulgação trouxe aumento das esperanças de efetivação daqueles diante da conjuntura de democratização do país, bem como diante da ampliação de meios e instituições (principalmente judiciais) para tal. Assim, após 1988 notou-se um grande aumento de procura da jurisdição estatal (ANEXO 8). Segundo dados do PNUD: “De cerca de 35 mil ações ajuizadas em 1988, o volume de questões cresceu para 3,7 milhões em 1996” (PNUD, 2003b, p. 9)

Essa conjuntura foi um dos fatores que favoreceu o chamado fenômeno da judicialização da política ou, melhor dito, da vida social no Brasil⁹⁶. Neal Tate arrola as condições que o favoreceriam: a) um Estado democrático; b) uma política de direitos, isto é, que se fundasse em direitos fundamentais; c) a existência de grupos de pressão que identifiquem o Judiciário como arena para a luta por seus interesses; d) o uso do Judiciário pela oposição política para impedir leis e medidas da situação que muito provavelmente não seriam impedidas pelos meios políticos tradicionais; e) instituições majoritárias inefetivas no sentido de não ter apoio suficiente para defender suas políticas diante de ataques do Judiciário; f) uma visão negativa da sociedade quanto às instituições políticas; g) inércia das instituições políticas em tratar questões delicadas (como casamento homossexual, aborto, células tronco), deixando-as para o Judiciário (TATE, 1995, p. 27).

O ano de 1988 colocou o Brasil nas condições acima descritas: a) o fim da ditadura militar e a restauração da democracia; b) a promulgação da Constituição de 1988, a chamada Constituição cidadã, com um extenso rol de direitos humanos fundamentais, incluídos não apenas os direitos ditos de primeira geração, como os de segunda, terceira e ,quicá, quarta; c)

⁹⁶ Geralmente trata-se do fenômeno como judicialização apenas da política, como se coubesse apenas a esta esfera a decisão dos conflitos sociais e de vida. O presente texto prefere tratar o pretenso fenômeno da judicialização como se pertencente uma esfera maior que a da política, a esfera da vida em sociedade.

e d) grupos de pressão que tentaram fazer valer os direitos constitucionais na prática, através de meios processuais colocados na própria Constituição⁹⁷, como Movimento dos Sem-Terra - MST⁹⁸, os sindicatos, os partidos políticos de esquerda⁹⁹ e inclusive o instituições como o Ministério Público¹⁰⁰; e) o próprio ataque e vitória dos grupos de pressão sobre as instituições políticas majoritárias e o uso do Judiciário por estas para manter suas políticas é a prova da sua inefetividade¹⁰¹; f) a visão da sociedade quanto às instituições políticas no Brasil tem melhorado a partir do governo Lula. Mas, de um modo geral, atualmente o nível de confiança do Judiciário e dos Governos estão empatados (IBOPE, 2009); g) e a inércia política que relega ao Judiciário brasileiro resolver questões sobre uniões homoafetivas, células-tronco, dentre outras.

A conjuntura brasileira também traz consigo fatores bem específicos para esta judicialização, dentre eles as características próprias do seu Ordenamento Jurídico. A Constituição de 1988 retira o caráter meramente técnico e burocrático do Judiciário e realmente o equipara aos outros Poderes políticos para que, efetivamente, possa cumprir seu papel de defesa constitucional, tratando minuciosamente as instituições judiciais para que cumprissem esse mister. Por outro lado, a Constituição é analítica. Isto é, bastante vasta e específica, desconfiada, de certo modo, do Legislativo e do Executivo, o que amplia o âmbito de controle judicial. Outro ponto importante é o seu sistema de controle de constitucionalidade que é um dos mais abrangentes do mundo. Combinando o controle de

⁹⁷ Note-se que a Constituição brasileira permite esta judicialização da vida ao dar à sociedade ferramentas para alcançar seus objetivos através do Judiciário. Exemplos são a Ação Civil Pública, Ação Popular e as diversas ações coletivas.

⁹⁸ “Começaram a surgir processos judiciais em que o MST saiu vencedor e determinadas ocupações foram legalizadas. Esta circunstância ajudou que germinasse a idéia de que afinal o direito é contraditório e pode ser utilizado pelas classes populares. [...] E as classes populares que se tinham habituado a que a única maneira de fazer vingar os seus interesses era pela ilegalidade, começaram a ver que, organizadamente, poderiam obter alguns resultados pela via da legalidade. E é aí que os movimentos começaram a utilizar o direito e os tribunais como uma arma. (SANTOS, 2007, p. 30-31)

⁹⁹ Luiz Werneck Vianna coordenou pesquisa sobre o uso do Judiciário como instrumento político e constatou que os partidos de esquerda haviam sido responsáveis por 40,4% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizada contra atos normativos do Executivo federal. Contra o Legislativo federal 18,5% foram movidas por aqueles e 21,3% o foram pelos sindicatos (VIANNA *et al.* 1999, p. 60)

¹⁰⁰ Sobre a atuação do Ministério Público há uma interessante pesquisa no livro de Sadek e Castilho “O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil” que coloca aquele como importante grupo de pressão político através do Judiciário. A pesquisa constatou que 88,5% dos promotores concordam total ou parcialmente que o MP deve ser canal de demandas sociais, alargando assim o acesso à Justiça através do Judiciário; 80,5% crêem total ou parcialmente que cabe ao MP exigir da Administração Pública os direitos previstos na Constituição, nas leis e nas promessas de campanha, acrescentando que, onde há lei, não há espaço para discricionariedade administrativa; apenas 37% dos entrevistados crêem total ou parcialmente que a atuação do MP deveria ser baseada em um saber neutro e despolitizado. (CASTILHO; SADEK, 1998)

¹⁰¹ Ainda na pesquisa de Vianna observou-se que até 1999 44,3% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram movidas por Governadores dos estados. (VIANNA *et al.* 1999, p. 60)

constitucionalidade difuso com o concentrado, os quais podem ser manejados por diversos atores não só políticos como sociais.

Além dos fatores citados, o fator preponderante para o fenômeno da judicialização no Brasil (como na América Latina) parece ser o do déficit de efetividade entre o texto constitucional de 1988 e a realidade brasileira, e também a postura de efetivação de direitos do meio político dominante. Este déficit abre espaço para que o Judiciário apareça como a principal, senão única, via para o acesso a direitos através do controle de constitucionalidade, não só das demais leis, como dos atos administrativos. Desta maneira, a redemocratização e o novo marco constitucional supervalorizaram o Judiciário como a alternativa mais direta e efetiva para o alcance de direitos¹⁰² (SANTOS, 2007, p. 17-18) e esta realidade tem de ser bastante enfatizada quando se importam as críticas estrangeiras sobre a judicialização da vida.

As críticas sobre a judicialização que se sobressaem na doutrina podem ser identificadas em três: a) críticas sobre a legitimidade que reverbera mais fortemente nos Estados Unidos e se centra no problema da divisão dos Poderes. Além do fato de que apenas o Legislativo e o Executivo representariam a vontade do povo, já que são eleitos, não sendo legítimo ao Judiciário passar por cima desta vontade (BARROSO, 2009, p. 10); b) críticas sobre a capacidade instrumental que sustenta que o Judiciário, por própria natureza, não está instrumentalizado adequadamente para resolver questões que envolvam aspectos técnicos e científicos complexos, não sendo o Juiz o melhor árbitro para tal, por não estar tampouco preparado para prever os efeitos sistêmicos de suas decisões, estando apto apenas a ver o problema caso a caso, de forma micro (BARROSO, 2009, p. 15-16); c) a crítica institucionalista que é a que encontra mais eco no Brasil e que encara a judicialização como um problema de mercados e não enquanto um problema de democracia. Para esta corrente o alcance de direitos só seria possível através do crescimento econômico e o acesso a direitos só pode se dar a partir do mercado. É sobre esta corrente que o presente trabalho se dedica a aprofundar.

A crítica institucionalista é encabeçada, principalmente, por organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas – ONU e seu braço de atuação, o

¹⁰² O caso dos medicamentos e tratamentos de saúde no Brasil é paradigmático. A respeito, Boaventura de Sousa Santos afirma: “As pessoas, que têm consciência dos seus direitos, ao . Note-se que esta luta para se fazer valer os direitos no Brasil não só se perfaz frente ao Poder público. Cada vez mais há ações contra o desrespeito de instituições privadas a direitos fundamentais, ainda no campo da saúde as ações para se conseguir determinados tratamentos ou medicamentos também são significativas, demonstrando assim mais uma dimensão da luta dos cidadãos via judiciário: a da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Banco Mundial. Estes têm conseguido dar a tônica da questão do Judiciário brasileiro ao promover debates, estudos, pesquisas e materiais doutrinários sobre a influência do Judiciário para os mercados¹⁰³. Os valores para o Judiciário extraídos da atividade paranormativa da ONU podem ser arrolados em: acesso à justiça, credibilidade, eficiência, respeito aos contratos e proteção à propriedade privada, independência, previsibilidade e transparência (CANDEAS, 2004, p. 29). Como se verá, estes valores desembocam em uma concepção de justiça liberal, fundada em um Estado e em um Ordenamento Jurídico calcados na autonomia, interesses e propriedades individuais. Esta concepção bastante se coaduna com a difusão de um modelo de justiça baseado nos mecanismos alternativos de resolução de disputas.

A ONU tenta encaixar o seu discurso no movimento de acesso à justiça. Este movimento surgiu nos anos de 1970, a partir do “Projeto Florença”, coordenado por Mauro Cappelletti. Este projeto expressa, nas palavras do próprio Cappelletti, que:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas do século dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva* do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10-12)

O projeto visou colher, em diversos países, dados empíricos sobre a distribuição da justiça na sociedade e identificar os obstáculos e soluções para o efetivo acesso à justiça pelos

¹⁰³ Os estudos mais destacados são: no âmbito do Banco Mundial, o relatório n. 19 de 1997 – O Estado num mundo em transformação, o de n. 24 de 2002 – Instituições para os mercados, o Documento Técnico 319 – O Setor Judicial na América Latina e Caribe: Elementos de Reforma; no do PNUD como o BRA/05/036 - Fortalecimento da Justiça Brasileira e o BRA/03/023 - Programa de Modernização da Gestão do Sistema Judiciário”.

cidadãos. Efetividade que se notaria na capacidade do cidadão em desfrutar dos direitos que a legislação vem tentando conferir-lhes (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 92). Desta forma, a justiça não seria mais entendida com o significado liberal de simples aplicação das regras do direito aos fatos do caso. A preocupação fundamental deve ser a “justiça social”, a busca por procedimentos que, além de corretamente aplicados, conduzam à proteção do direito das pessoas comuns, devendo haver uma mudança radical de valores na hierarquia do processo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 93).

Já a idéia da ONU de acesso à justiça é a de ampliar e simplificar as vias para que as disputas sociais sejam resolvidas. Esta ampliação se fundamenta nos princípios da acessibilidade, eficiência e transparência (PNUD, 2003a, p.3). A alternativa principal colocada ao alcance do acesso à justiça é a de concorrência dos mecanismos alternativos de resolução de disputa – MARDs com o monopólio jurisdicional do Judiciário. O apelo aos MARDs é constante nos documentos da ONU visando firmá-los como uma via paralela ao processualismo, à demora, à rigidez dos processos formais. Observa-se no Documento Técnico 319 do Banco Mundial voltado à América Latina e no Projeto BRA/05/036 do PNUD, específico para o Brasil:

O acesso à justiça pode ser avaliado através de diversos fatores como: tempo de julgamento, custos diretos e indiretos das partes com a litigância (despesas com requerimentos, custas processuais, cauções, honorários advocatícios, perdas salariais com o tempo despendido, etc.), acesso físico às Cortes e a capacidade dos potenciais usuários, de ter acesso à informação e possibilidade de acompanhamento das fases processuais. Em outras palavras, os sistemas jurídicos podem apresentar barreiras psicológicas, informacionais e físicas aos indivíduos que necessitam desses serviços. Existem diversas soluções para superar ou diminuir determinadas barreiras econômicas à justiça, incluindo a redução dos custos da litigância, programas de assistência jurídica e a criação de formas alternativas de resolução de conflitos, menos onerosas. (DAKOLIAS, 1996, p. 10)

A reforma do Judiciário é um processo que vai além das reformas constitucional e infraconstitucional. Há outros aspectos importantes que dizem respeito à eficiência do Judiciário e à gestão de trâmites dos processos, que não supõem necessariamente alterações na legislação.

É necessário modernizar o Judiciário para que o sistema possa atender melhor às demandas da sociedade, facilitar o trabalho dos magistrados e ser transparente, como serviço público que é. A modernização compreende desde medidas para a informatização dos tribunais, em que são incorporados novos procedimentos e padronização de rotinas, ao estabelecimento de mecanismos de aferição de desempenho de todo o sistema.

Entre as ações que podem ser estimuladas, estão a desburocratização; melhor utilização de recursos de informática; capacitação e valorização dos servidores públicos; implementação de medidas destinadas a descongestionar os tribunais de ações judiciais repetitivas e de resultado conhecido; o incentivo a iniciativas de intermediação de conflitos sem a necessidade de ações judiciais; a padronização de procedimentos mais racionais e a implantação de métodos modernos de gestão. (PNUD, 2003a, p. 11)

Da análise do documento do PNUD produzido especificamente para o Brasil observa-se que quase a totalidade dos tópicos que envolvem propostas para a reforma do Judiciário desembocam na solução da simplificação dos procedimentos visando rapidez e no uso dos MARDs, dentro e fora do Judiciário, como meio mais eficiente para tal.

O conceito de eficiência para a ONU se relaciona à capacidade de se atender a demanda da sociedade por determinados bens (BANCO MUNDIAL; IPEA, 1997, p. 3). Este conceito é bastante abrangente, não obstante em todos os documentos se perceba a grande ênfase à eficiência como à capacidade do Estado em relação ao mercado, ou ao menos em relação à sociedade, mas em um sentido mercadológico. Neste sentido, o Banco Mundial prega a aplicação de princípios de mercado e de competição, como vetor para as reformas judiciais. A competição entre os MARDs (tanto judiciais quanto privados) e a jurisdição formal estatal são literalmente defendidas em várias passagens dos documentos da ONU (BANCO MUNDIAL, 2002, p. 124; DAKOLIAS, 1997, p. 13) para possível melhor adequação às expectativas das partes, como se estas fossem clientes a quem se deve sempre dar a razão.

No BRA/05/036 do PNUD, a questão da eficiência para o Judiciário no Brasil é reduzida apenas ao tempo de resolução dos litígios. A morosidade brasileira é colocada como reflexo do seu sistema processual de matriz continental, muito mais formalista que o *common law* e que, diferentemente deste, prima mais pelo legislado do que o negociado. (PNUD, 2003b, p. 9). Este documento aponta como uma das principais medidas institucionais em prol da eficiência a solução alternativa de conflitos (PNUD, 2003b, p. 17).

A postura da ONU quanto à segurança jurídica resume-se, basicamente, ao respeito aos contratos e à propriedade. Este tema é de bastante relevância na reforma do Judiciário. Primeiramente porque os mercados globalizados necessitam que seus valores, como o de respeito aos contratos, estejam acima de quaisquer das diversas regras heteronomamente impostas nos diversos Estados. O respeito aos contratos e à propriedade gera um ambiente propício para a expansão do mercado e, por isto, os Judiciários devem garanti-lo (BANCO MUNDIAL, 1997, p. 4).

No Brasil, um estudo bastante celebrado pelos neoliberais e a ONU foi o de Armando Castelar Pinheiro. Neste estudo sustenta-se a tese de que o Judiciário deve ser responsável por um ambiente de segurança jurídica, que se resumiria ao respeito aos contratos e à propriedade, sem o qual seria impossível conseguir o desenvolvimento econômico tão caro

aos países da América Latina (PINHEIRO, 2003, p. 2-3). Pinheiro elabora um questionário dirigido a juízes brasileiros da esfera Federal, Estadual e Trabalhista que demonstra sua idéia (e dos institucionalistas) sobre segurança jurídica. A questão elaborada (ANEXO 9) foi a seguinte:

Questão 8: “Na aplicação da lei, existe freqüentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas: A. Os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais; B. O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Com qual das duas posições o(a) senhor(a) concorda mais? (PINHEIRO, 2003, p. 27)

A grande maioria dos magistrados escolheu a opção B. Tal escolha foi apontada por Pinheiro como constatação da parcialidade e da politização dos juízes, bem como da insegurança jurídica do Ordenamento brasileiro, motivos pelos quais o Judiciário seria bastante responsável pelo entrave do crescimento econômico e o conseqüente acesso a direitos no país. Esta posição reflete o conceito de segurança jurídica dos institucionalistas, reduzindo-o a simples respeito dos contratos, da autonomia, como a prevalência do negociado sobre o legislado e não como o respeito ao Ordenamento Jurídico e de seus princípios. Em outras palavras, para esta corrente, o Ordenamento deve servir a valores econômicos e acompanhar as necessidades econômicas, estas que sobrepujam os valores juridicamente erigidos.

Na perspectiva do movimento de acesso à justiça de Cappelletti¹⁰⁴, a dissertação não comunga com as idéias expostas nas críticas citadas, especialmente as institucionalistas. As conclusões que se anotaram no capítulo anterior sobre a flexibilização demonstram que as propostas liberais para a sociedade têm, historicamente, trazido conseqüências sociais, e até econômicas, muito negativas, aumentando os índices de exclusão social e gerando constantes crises econômicas. A proposta institucionalista tenta trazer para o Judiciário uma substituição de valores éticos para valores que levam em consideração apenas o possível bom funcionamento da economia. Isto através das previsões dos cânones liberais como a não

¹⁰⁴ Em muitos tópicos de sua obra “Acesso à Justiça” o autor informa da necessidade de juízes especializados e mais ativos na defesa, principalmente, das partes mais fracas do litígio. Esta perspectiva pode ser percebida em um trecho em que critica o sistema dos Estados Unidos: “Nos Estados Unidos, o exagerado sistema de neutralidade judicial tem sofrido críticas consideráveis desde o famoso discurso de Roscoe Piund em 1906. Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 77)

interferência do Estado através do direito. Deste modo, para os institucionalistas, os valores éticos só poderiam ser alcançados de forma secundária. Ou seja, apenas num ambiente de livre mercado garantido pela primazia das vontades dos atores econômicos.

O mito do funcionamento ótimo do mercado, da sociedade e das instituições a partir dos cânones liberais individualistas já foi explicitado em capítulos anteriores através da experiência histórica mundial. Viu-se que a liberdade em uma sociedade desigual apenas serve para acentuar essas desigualdades, a exemplo das condições de trabalho em épocas de Revolução Industrial. Fora do contexto laboral, ainda se pode citar que o próprio mercado em condições livres tende à desigualdade, como ocorreu com a transformação do capitalismo em monopolista. A prevalência do negociado sobre o legislado reflete o transplante da ideologia liberal para o âmbito judicial. As formas negociadas de resolução de litígios tratam como iguais indivíduos em condições de vida e poder bastante diversas. Estas formas desconsideram a necessidade de um sistema que vise equilibrar a desigualdade das partes, como ocorre no processo trabalhista.

Defende-se aqui que o acesso à justiça deve se restringir ao direito de se valer das vias para resolução de conflitos de forma ampla e simples, como defendem os institucionalistas. Este aspecto tem sua importância, porém como pré-requisito de resoluções de qualidade. É um contrasenso falar de justiça sem qualidade. O acesso a qualquer “justiça” além de ser vazio, é pior do que um não acesso, pois obscurece problemas e tensões sociais legítimas, transmutando esta legitimidade para uma solução qualquer, apenas pelo fato de ser conseguida a partir de mecanismos reconhecidos.

A eficiência tampouco pode ser medida substancialmente apenas por parâmetros econômicos temporais ou de dispêndio financeiro. Uma solução de conflitos eficiente é aquela que se alcance com o tempo e custo suficientes para que a essência do conflito seja analisada e a solução deste possa adequar-se aos valores erigidos como de importância não só para os diretamente envolvidos, mas também para a sociedade. Do mesmo modo, a segurança jurídica não pode ser colocada apenas como o consenso aparentemente estabelecido pelas partes diretamente envolvidas em um contrato. Segurança jurídica, corretamente definida, seria a preservação de valores erigidos socialmente como de importância capital, seria a garantia de que a sociedade e instituições cumprissem os valores estabelecidos anteriormente e publicamente no ordenamento, não celebrando no âmbito social um contrato pautado em valores contraditórios com aquele. Insegura juridicamente seria, por exemplo, uma sociedade

regida pelo princípio do trabalho livre, que permitisse no plano empírico, a partir da primazia da autonomia individual, contratação de modalidades de trabalho forçado.

A exposição da posição da ONU quanto aos modelos e valores do Judiciário, apesar de tentar inseri-los no movimento de acesso à justiça, não se alinha com a posição do movimento encabeçado por Cappelletti. A diferença básica entre suas posturas está no alicerce liberal da posição da ONU e no *welfarista* do movimento de acesso à justiça. Como já exposto, o conceito de Justiça institucional considera apenas as vontades externadas e o capellettiano considera a justiça social. No movimento de Acesso à Justiça há uma grande recusa de se encarar as reformas apenas em alguns setores críticos¹⁰⁵ ou em enfatizar o problema apenas do ponto de vista formal, não se investindo em mudanças substantivas (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 70). Neste movimento, combate-se a importância excessiva dos custos do processo em detrimento dos direitos¹⁰⁶ ou a simplificação de procedimentos ao ponto de retirar as garantias das partes ou permitir maior facilidade do interesse do mais forte sobrepujar o do mais fraco¹⁰⁷ (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 97).

Cappelletti ressalta a grande desconfiança de alguns autores (e também a sua) quanto à tendência dos reformadores em utilizar cada vez mais o juízo arbitral, a conciliação (isto é, os MARDs) (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 81). Em suas próprias palavras afirma que: “[...] embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções.”

¹⁰⁵ Como demonstra o exemplo de Cappelletti: “Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogados em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma”. [...] Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes.” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 29)

¹⁰⁶ Nas palavras de Cappelletti: “[...] a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos *ainda mais baratos*, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo.” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 164).

¹⁰⁷ Esta preocupação também se encontra em muitos trechos da obra de Cappelletti. Ele afirma que ainda é muito cedo para decidir se sistemas mais informais e negociais funcionam melhor que o enfoque judicial. O autor ainda alerta? “É realmente adequado tentar evitar que os tribunais populares se tornem órgãos nos quais as regras técnicas, mais que a “justiça”, sejam o centro dos debates. A dispensa das formalidades técnicas, todavia, não irá assegurar automaticamente a qualidade da decisão do tribunal. É claramente impossível desprezar por completo as normas legais. Além disso, existe o perigo de que um relaxamento dos padrões substantivos permita decisões contrárias a lei em prejuízo de novos direitos (frequentemente técnicos). Os julgadores podem ter mais simpatia pelos ricos e resistir à execução de normas técnicas, as quais, uma vez que se destinam a construir nova ordem social, podem parecer “injustas” em casos particulares para com os comerciantes, locadores e outros.” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 112)

(CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 87). O autor ainda comenta sobre a tática básica utilizada nas conciliações de lembrar às partes a demora e a despesa de um julgamento, tentando inibi-las de buscar seus direitos. Podendo ocorrer, inclusive, que a prática reiterada de acordos evite o reconhecimento de determinados direitos que protegeriam toda uma classe de pessoas (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 87).

Cappelletti afirma que o ponto mais importante em relação à reforma processual está na criação de tribunais especializados, com procedimentos voltados às especificidades da sociedade e dos seus tipos de demandas, protegendo, principalmente, a parte mais fraca. Em suas palavras:

O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontram tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos, no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente fracos – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos. Embora reconheçêssemos que esses novos direitos precisam de maior desenvolvimento legislativo substancial, os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 91)

O foco do movimento de acesso à justiça nunca foi o de sepultar direitos heterônomos em prol de uma supremacia do negociado sobre o legislado. Reconhece-se a necessidade essencial de se proteger a parte mais fraca do modelo liberal do direito e de justiça e de empoderá-la por vias processuais para alcançar seus direitos. Cappelletti explicita este ponto de vista ao afirmar que: “[...] um enfoque mais especializado do que o arbitramento ou conciliação gerais parece necessário para criar fóruns efetivos onde os indivíduos possam reivindicar seus direitos.” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 92)

Como se denota desde o capítulo anterior sobre a flexibilização, há um esforço de determinadas instituições neoliberais em implantar em escala mundial um modelo de direito em que haja uma primazia do negociado sobre o legislado, no sentido de enfraquecer os direitos postos heteronomamente pelo Estado, direitos estes que têm muito de sua base nos Estados de Bem-Estar Social. Os modelos de direitos heteronomamente impostos vão de encontro aos princípios liberais do individualismo, autonomia privada, livre negociação, livre mercado e de Estado mínimo. Assim, é necessário para o neoliberalismo um modelo em que a vontade esteja acima das leis e o respeito aos contratos estejam acima de normas heterônomas

para que o uso hegemônico do direito em prol do neoliberalismo se dê com mais facilidade. A difusão dos Meios Alternativos de Resolução de Disputas, nos moldes colocados pela ONU e assumidos no Brasil, é fundamental para o funcionamento da economia global segundo os moldes neoliberais e pouco tem a ver com a noção cappelletiana de acesso à justiça.

No Brasil, a atividade paranormativa da ONU tem sido bem sucedida em difundir uma perspectiva neoliberal (e mercadológica) do Judiciário, como se pode observar com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45. A criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a reforma do Código de Processo Penal e Civil, e as políticas judiciais como o “Conciliar é Legal”. Destaca-se nesses projetos um forte apelo à lógica de eficiência econômica, resumindo o acesso à justiça à celeridade da prestação jurisdicional, não havendo controle de índices de qualidade da decisão, tampouco de uma efetiva ampliação do acesso a direitos fundamentais.

A conciliação como política é principalmente tratada na Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ. Esta resolução estabelece várias diretrizes para a disseminação da cultura dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos (ênfatisando a conciliação) e estabelece mudanças na organização do Judiciário, criando núcleos e centros para conciliação e mediação, novos critérios de promoção de magistrados (baseado no volume de processos conciliados e na sua produção), novas atribuições para os Tribunais e o CNJ, mecanismos técnicos como portais eletrônicos. Também institui condições e parâmetros para a coleta de dados estatísticos, detalha um código de ética para a conciliação e mediação e grades curriculares para cursos para magistrados e servidores. O grande esforço para efetivar a resolução 125 denota a intenção do Judiciário em mudar seu perfil de defesa do Estado Democrático de Direito para o de mero organismo de prevenção de litígios e garantidor de paz social. É certo que no âmbito da Justiça Trabalhista, o recurso da conciliação fora historicamente bastante utilizado; porém no contexto explicitado, a conciliação assume novo relevo diante do estímulo institucional do seu uso como melhor alternativa para o acesso à justiça.

Tratar a questão do Judiciário, dos direitos e da litigância no Brasil como se fosse apenas uma questão de desajuste administrativo e processual do Judiciário parece ser uma visão bastante deficiente, senão equivocada. Pois ignora a questão do déficit de efetivação de direitos e deslegitima a tentativa de busca de efetivação destes através da via judicial, maniatando ainda mais a luta pela conquista de direitos no Brasil. Boaventura de Sousa

Santos coloca que o Judiciário pode assumir duas facetas: a) a hegemônica, capitaneada pelo Banco Mundial e as grandes agências multilaterais e nacionais voltadas ao desenvolvimento, que é aquela relativa à função aparentemente isenta, imparcial e burocrática que se funda numa eficiência economicista, na rapidez, na previsibilidade e na segurança jurídica para a salvaguarda dos negócios, da propriedade e do *status quo*; b) a faceta contra-hegemônica que utilizaria o Judiciário como um campo para processo de mudanças e de efetivação de direitos, principalmente sociais e econômicos (SANTOS, 2007, p. 23-29). A crítica institucionalista visa extirpar a possibilidade do uso da faceta contra-hegemônica do Judiciário, colocando a questão do acesso a direitos não como a necessidade de vê-los efetivados em sua inteireza, mas como a de ter acesso a uma composição de litígios qualquer, que não se interesse pelo conteúdo material do acordo conseguido, mas apenas com a sua segurança jurídica, celeridade e eficiência econômica.

O acesso à justiça tomado como um maior alargamento de armas para o alcance de direitos e a possibilidade de se utilizar o Judiciário nesta perspectiva contra-hegemônica parece ser o mais adequado à noção de Cappelletti, bem como à noção de direitos humanos colocada no capítulo 2 deste trabalho. O conteúdo das reformas processuais implementado no país deve ser analisado com cuidado no sentido de se averiguar sua efetiva contribuição para o acesso à justiça, nem toda reforma é positiva por si só e tampouco soluções isoladas de problemas do Judiciário serão capazes de melhorar a sua prestação, podendo inclusive piorá-la, como exemplificou Cappelletti. Não é admissível tratar um problema tão complexo como o acesso a direitos e à justiça no Brasil reduzindo a alguns tópicos processuais. A questão da conciliação judicial trabalhista no Brasil é tratada nos tópicos posteriores a partir deste enfoque abrangente, tendo como centro do problema não questões processuais, mas o déficit de efetividade de direitos sociais, sendo aquelas conseqüências destas. Ainda dentro deste enfoque, são levadas ainda em consideração as pressões locais e internacionais para o implemento de uma economia, Estado e direito neoliberais que tratam os direitos sociais como simples decorrência patrimonial de uma conjuntura econômica, levantando-se a questão sobre se o tratamento judicial destes direitos deve ser flexível ou indisponível.

4.2. Fundamentos da conciliação judicial

Muitos autores remontam as bases da conciliação a tempos imemoriais invocando documentos que demonstravam a solução pacífica de conflitos entre as partes através de terceiros desde a época da Mesopotâmia. Também é comum ressaltar as culturas antigas orientais e ensinamentos de Confúcio e Lao-Tsé (TORRENOELL, 2003, p. 15). No mundo ocidental antigo também há referências à Grécia, à atividade dos Thesmotetas que buscavam dissuadir a litigiosidade entre partes de um possível processo, aconselhando-as a transacionar seus conflitos e em Roma, na qual a conciliação tem por origem remota o contrato de transação (GRAJALES, 2002, p. 7).

A conciliação judicial como se coloca modernamente, apesar de lembrar algumas práticas do passado, pode ser mais bem entendida no contexto do Estado Moderno principalmente através das correntes liberais que disseminaram a ideologia dos direitos, liberdade e autonomia do seres. Conciliar exige direitos prévios, ou ao menos expectativa de direitos, bem como autonomia para dispor destes. A idéia primordial da conciliação parece ter surgido da crença liberal, exposta em capítulos anteriores, de que todos os indivíduos têm o direito de gerenciar seus interesses de acordo com sua vontade e que cabe ao Estado respeitá-lo. Neste contexto, procedimentos de natureza conciliatória aparecem como a forma mais natural de se resolver conflitos laborais, posto que no início do capitalismo todas as relações eram encaradas a partir de um ponto de vista individualista. Ou seja, o direito se resumia apenas a preceitos civilísticos e contratualistas e as relações de trabalho eram encaradas nestes termos. Assim, por ter sido a conciliação um procedimento tão espontâneo, recorrente e adaptável às diferenças de vários países no mundo, ela apresenta certas complexidades.

É interessante observar que a conciliação, na esfera laboral, permaneceu com seus moldes liberais nos Ordenamentos, mesmo depois do surgimento de leis trabalhistas e de um ramo do direito especializado nas questões do trabalho. Como diria Mario de La Cueva, a especialização jurídica das relações laborais concentra uma pretensão de imperatividade absoluta¹⁰⁸. Por mais que o direito do trabalho não a tenha alcançado, é de se notar que este

¹⁰⁸ “Desde sus orígenes, el derecho del trabajo se presentó con una *pretensión de imperatividad absoluta*, la cual, por otra parte coincide con su naturaleza y con sus finalidades. La razón de la pretensión nos es conocida: la concepción individualista y liberal de la economía y del orden jurídico abandonó al principio de la autonomía de la voluntad la formación y determinación de los efectos de la relación de trabajo. La injusticia del sistema provocó las luchas sociales de los siglos XIX y XX y una legislación que fué, desde un principio, derecho imperativo, porque era el único procedimiento que permitía aminorar la explotación del trabajo. La Declaración de los derechos sociales de 1917 produjo la transformación final del derecho del trabajo, que salió del campo de

ramo de direito guarda muito da imperatividade pretendida e a existência de um instituto pautado em posturas liberais tende a fragilizá-lo e não só este, mas também os ordenamentos de Estados, que, como o Brasil, têm uma postura garantidora e pautada em princípios de ordem social.

A conciliação judicial trabalhista é um instrumento bastante utilizado até hoje em todo o mundo. Desde 1951, a OIT já tratava da conciliação, mesmo que de forma bastante dispersa e pouco estruturada. Em sua Recomendação nº 92, daquele ano, sugeriu aos países a constituição de organismos conciliadores paritários com o objetivo de prevenir e solucionar litígios com a adoção de procedimentos céleres e gratuitos, tratando o termo de conciliação como se fosse um contrato. Em 1967, a Recomendação nº 130 tentava regular a conciliação através de procedimentos dentro da própria empresa para obter uma solução livremente aceita por empregado e empregador, ressaltando-se ainda que o acesso à autoridade administrativa ou judicial deveria ser preservado. A Recomendação nº 163 da OIT, estabelecida em 1981, afirma que as negociações coletivas devem desenvolver-se em todos os níveis e não ser apenas restrita aos sindicatos. É importante lembrar, ainda, que tanto no direito pátrio como em vários países o termo conciliação não se refere apenas ao procedimento, como parece indicar as recomendações da OIT, mas também se refere ao ajuste alcançado pelas partes (GIGLIO, 1982, p. 9)

Muitos dos ordenamentos jurídicos consideram que é função da Justiça do Trabalho não apenas aplicar as leis laborais, mas, em primeiro lugar, a sua função seria a de evitar o conflito através das técnicas contratuais. Em artigo sobre a conciliação trabalhista no mundo, Jacques Desmarais analisa os ordenamentos jurídicos da Alemanha, Bélgica, Canadá, Chile, França, Itália, Japão e Luxemburgo. Na tentativa de encontrar os contornos da conciliação no mundo, o autor encontrou as seguintes características dominantes: a) a institucionalização, já que nos países pesquisados a conciliação se dava no ambiente institucional do Estado, em grande parte das vezes no judicial, à exceção do Canadá que se dá no administrativo; b) a integração da atividade conciliadora com a jurisdicional, sendo colocada normalmente como uma etapa do processo; c) a obrigatoriedade da conciliação como regra, exceto no Canadá e na Itália, havendo nestes países, porém, um incentivo tão forte à conciliação que quase a torna obrigatória, na prática; d) o *status* de título executivo, sendo que em alguns casos esse título é considerado judicial (França, Chile e na Itália quando

la legislación ordinaria y entró al plano superior de los derechos humanos, de esas normas supraconstitucionales que el pueblo quiso imponer al estado y a los hombres (DE LA CUEVA, 1977, p. 99)

é autenticado por um magistrado) e nos demais extrajudicial, assumindo a mesma força de contrato.

Em estudo de direito comparado, Wagner Giglio também trata da conciliação em diversos países, principalmente na América Latina (GIGLIO, 1982, p. 14-22). Da análise de Giglio também se pode constatar que na Argentina, na Colômbia, no México, no Peru, no Uruguai e na Espanha podem-se encontrar as características citadas por Desmarais. Por mais que cada país citado tenha suas particularidades, a institucionalização, a integração e o *status* de título executivo fazem-se presentes, sendo obrigatórios em grande parte. Excetuando-se a Espanha que, mesmo assim, a incentiva na prática.

A partir das citadas características, Desmarais definiu a conciliação judicial trabalhista como um modo alternativo e autocompositivo de resolução de disputas confiado a uma jurisdição especializada e ligada à ordem jurídica ou administrativa no seio de um processo e seu resultado tem força executiva. (DESMARAIS, 1997, p. 410-411). Esta ligação, integração ou institucionalização¹⁰⁹ (nas palavras do autor) a órgãos, em grande parte,

¹⁰⁹ L'institutionnalisation de la conciliation des litiges du travail est manifeste. En Belgique, tout litige du travail porté devant le tribunal Du travail doit être précédé, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation au moment où le litige est en l'état d'être plaidé ou jugé. En France, le bureau de conciliation du Conseil des prud'hommes, l'organe compétent en matière de « différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail » régi par le Code du travail « entend les parties en leurs explications et s'efforce de les concilier » avant de transmettre l'affaire au bureau de jugement. En Allemagne, la procédure devant le tribunal du travail débute par une audience de conciliation et la recherche d'un règlement à l'amiable doit se poursuivre tout au long de la procédure. En Italie, en l'absence de tribunaux spécialisés, à la demande du salarié, de son organisation syndicale ou de l'employeur, des commissions de conciliation tripartites, instituées dans chaque province, sont chargées de tenter le règlement des litiges du travail. De plus, les conventions collectives italiennes prévoient une étape de conciliation avant de passer à l'arbitrage notamment en matière de litiges relatifs au licenciement et, en matière de licenciements collectifs dans le secteur industriel, la loi prévoit un mécanisme de conciliation entre employeurs et syndicats. Au Japon, les Commissions Régionales du Travail et la Commission Centrale du Travail, chargées des litiges en matière de pratiques déloyales du travail (discrimination en raison d'activité syndicale ; refus illégitime de négocier ; ingérence dans l'organisation ouvrière) sont tenues de tenter activement la conciliation dès le début et jusqu'au jugement. Au Québec, les litiges en matière de licenciement ou d'action discriminatoire de l'employeur à l'égard du salarié sont initiés auprès d'un organisme administratif de contrôle et d'enquête et soumis à une étape de conciliation menée avec l'accord des parties. Au Chili, suite au dépôt de leurs prétentions respectives, la procédure devant le tribunal du travail prévoit la convocation des parties à une conférence préparatoire où le magistrat doit formuler une proposition de règlement. [...] Confier la responsabilité de la conciliation à l'organe chargé de l'adjudication est un indice manifeste d'intégration à la juridiction. En Allemagne, la conciliation est menée par le président du tribunal dès la première étape du processus, lors de la discussion avec les parties de l'ensemble des faits pertinents, avec parfois en bout de parcours, l'expression de son opinion sur le litige ; à défaut de règlement — désistement ou accord —, le litige est transmis au tribunal tripartite. En Belgique, la conciliation en matière de licenciement de délégués du personnel intervient en troisième étape, après une période de négociation à durée fixe de cinq jours et une comparution personnelle et séparée des parties devant le président du tribunal du travail avant de passer à l'étape contentieuse. Au Japon, le processus d'examen de la plainte devant la Commission régionale débute par la constitution d'une commission d'enquête et d'audience tripartite dont la fonction principale est la recherche d'un règlement (*wakai*) ; le membre d'intérêt public, assisté des membres partisans, a une responsabilité spécifique énoncée dans le Règlement administratif : le président de la Commission peut, à tout moment jugé opportun et jusqu'au jugement final, recommander aux parties les termes du *wakai* 16. En France cependant, le bureau de conciliation et le bureau de

judiciário ou órgãos administrativos demonstra uma grande mistura entre o fundamento da autonomia e o da heteronomia para a solução de conflitos. A conciliação insere nos limites dos órgãos responsáveis pela aplicação do direito laboral gera uma grande contradição ao permitir a prevalência do negociado sobre o legislado em instituições pautadas na defesa do legislado sobre o negociado. Apesar do artigo de Desmarais não tratar desta contradição, a tentativa de definir os contornos da conciliação explicitou-a, obrigando o autor a ressaltar os perigos de ferimento à ordem pública:

Le maniement de cet outil est toutefois porteur d'un danger pour l'ordre public social, un élément fondamental du droit du travail dans sa fonction principale de protection des salariés, principalement sous sa forme déterminante pour la conciliation, la fixation d'un seuil minimum pour certaines conditions de travail où toute dérogation in pejus devient nulle. (DESMARAIS, 1997, p. 419)

A contradição gerada com a mistura de autocomposição e heterocomposição na conciliação judicial gera bastantes discussões na doutrina e estas são mais acentuadas devido à falta de uma regulamentação específica mais robusta. É por isto que vários autores tratam a conciliação judicial laboral com ressalvas, Wagner Giglio, após analisar todas as confusões doutrinárias que a envolvem conclui que: “Há boas razões para duvidar que seja a conciliação forma ideal de solução dos dissídios individuais do trabalho, pelo menos sob o aspecto prático, entre nós.” (GIGLIO, 1982, p. 107). A tentativa de analisar a conciliação judicial através de institutos emprestados do processo demonstra que esta é um procedimento *sui generis*, em que o alcance de todas as possibilidades e efeitos práticos ainda não foi devidamente enfrentado pela doutrina e legislação. E que, por isso mesmo, possibilita que se ponha em jogo a defesa dos direitos materiais, fundamento de todo o aparato estatal voltado à resolução de conflitos.

jugement constitués au sein des conseils des prud'hommes ne sont pas nécessairement composés des mêmes conseillers, une discontinuité responsable en partie, selon certains, de l'inefficacité de la conciliation prud'homale. A l'opposé de cette intégration, l'activité de conciliation est parfois confiée à une juridiction séparée de l'instance d'adjudication. Deux cas de figure sont alors observés : la conciliation est pratiquée de façon isolée ou associée à la fonction de surveillance de la législation du travail. Au Canada, la « médiation préarbitrale » des griefs de convention collective et la conciliation de certains litiges nés des licenciements sont confiés à des experts du secteur privé ou à des agents publics qui ont leur seul talent de conciliateur comme outil. Par ailleurs, au Chili, la Direction du travail (directions régionales et inspecteurs du travail) a mandat explicite de prévenir et de résoudre les différends du travail ; ses agents ont pouvoir de contraindre la comparution des parties devant eux en vue de « procurer la solution des affaires » ; ils agissent suite à une plainte (la dénonciation secrète est possible) ou de leur propre initiative. Des pratiques analogues peuvent être observées en France chez les inspecteurs du travail, ainsi qu'au Québec chez les agents-enquêteurs et au Canada chez les inspecteurs du ministère du Travail, où les fonctions combinées d'information- enquête-conciliation amènent les agents à susciter une négociation entre les parties et à proposer, avec leur accord, des solutions en vue d'un arrangement conventionnel. Enfin, il arrive qu'aucun mécanisme de tierceintervention ne soit proposé : au Luxembourg, le seul dispositif prévu exige un entretien préalable avant un licenciement. (DESMARAIS, 1997, p. 411-413)

Um processo e um procedimento coerentes são essenciais para o alcance de direitos. Aqueles servem como meio legitimador das decisões nos Estados Democráticos de Direito já que, através de uma condução e desfecho racionais, demonstram que o particular poderá exercer sua influência de acordo com a democracia e ver resolvidos os seus problemas, de acordo com o direito (CANOTILHO, 1998, p. 853). Neste sentido é importante a ressalva de Cappelletti:

O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório. Embora esse perigo seja reduzido pelo fato de que a submissão a determinado mecanismo de solução dos litígios é facultativa tanto antes quanto depois do surgimento do conflito, e que os valores envolvidos são de certa forma flexíveis, é necessário reconhecer os problemas potenciais. Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas (CAPPELLETTI; GARTH, 2002. p. 163-164).

Em seguida, as correntes sobre a natureza da conciliação judicial são estudadas, buscando encontrar um modelo de conciliação que guarde coerência com o sistema de cada corrente, bem como com a finalidade comum de cada uma que é o resguardo do direito material. Este levantamento permite que se faça uma crítica consistente ao modelo de conciliação judicial trabalhista brasileiro e que se demonstre se ele é eficaz em atingir sua finalidade. Ou se é uma brecha na lei para que esta sirva como um instrumento de efetivação da flexibilização. As correntes sobre a conciliação judicial estudadas tratam a conciliação como: a) negócio jurídico; b) como jurisdição voluntária; c) como jurisdição contenciosa.

4.2.1. A conciliação como negócio jurídico

A conciliação judicial, entendida como negócio jurídico, situa-a na potestade dos indivíduos em resolver seus problemas através da autocomposição de litígios. Assim o termo conciliação se referiria tanto ao ato de se conciliar, mas principalmente ao negócio jurídico firmado.

A autocomposição é uma atividade privada de solução de conflitos realizada entre as partes, tendo por base as suas vontades, sem a intervenção direta de um terceiro. Ela é tida por

vários doutrinadores como um equivalente jurisdicional (CARNELUTTI, 1989, p. 109; CINTRA; GRINOVER, 2003, p. 8). Esta forma compositiva foi a base da solução dos conflitos nos Estados liberais, pois nestes os seus cidadãos eram vistos como seres iguais e livres e a interferência do Estado como nociva. Grinover Cintra e Dinamarco, já defendendo a minoração da autocomposição na atualidade com a superação dos paradigmas liberais do direito, afirmam que:

Além da **autotutela**, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a **autocomposição** (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de **autocomposição** (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) **desistência** (renúncia à pretensão); b) **submissão** (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) **transação** (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO 2003, p. 21)

A autocomposição pode ser unilateral na desistência ou na submissão ou bilateral na transação. O fato de não haver interferência da vontade de terceiros não quer dizer que a autocomposição deva ser apenas extrajudicial, ela também pode ser judicial, nos casos em que órgãos jurisdicionais prestem assistência à formação do negócio jurídico. Mesmo que a autocomposição se dê no âmbito judicial não se poderá falar em sentença ou qualquer ato jurisdicional posto que não haja interferência direta de um juiz no negócio jurídico firmado, isto é, ao juiz não cabe dizer o direito, mas apenas fiscalizá-lo.

Elaine Nassif aponta que a teoria da conciliação judicial como negócio jurídico é a adotada pela Corte de Cassação italiana. Neste sentido cita-se trecho de um julgado:

[...] a conciliação judicial é um invólucro cujo conteúdo pode ser uma transação, uma renúncia, um reconhecimento, ou mesmo um outro negócio qualquer, consagrado em um termo de acordo judicial, o qual deve resultar do encontro da vontade entre as partes, este negócio é sujeito à disciplina que lhe é própria, sendo irrelevante o invólucro no qual foi inserido. (CASSAZIONE CIVILE *apud* NASSIF, 2005, p. 109)

Perceba-se que pelo fato de a autocomposição se referir a soluções provenientes apenas da vontade individual das partes a natureza desta solução somente poderá ser de um negócio jurídico seja ele unilateral (a exemplo da desistência ou submissão) ou bilateral (a exemplo da transação). Para aqueles que defendem que a conciliação judicial se dá pelo o exercício da autocomposição das partes aquela só poderá ter natureza de negócio jurídico e

deve submeter-se às regras de sua categoria¹¹⁰ e uma delas é a de não ferir a Ordem Pública. Neste sentido Grinover, Cintra e Dinamarco afirmam os limites da autonomia individual e da autocomposição, restringindo seu âmbito aos interesses materiais disponíveis (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 9).

Note-se que, além da questão da disponibilidade e da patrimonialidade dos direitos e interesses, o princípio do *pacta sunt servanda*, ou o dogma da vontade, vem cedendo cada vez mais espaço ao dirigismo contratual, à função social e a novas concepções da autonomia individual, como já se obsevou no capítulo 2. Assim, a conciliação como negócio jurídico não pode ter os mesmos efeitos de uma sentença¹¹¹, nem apresentar-se de forma absoluta¹¹², tampouco pode tratar de interesses de Ordem Pública e de cunho indisponível posto que ela deva ater-se ao campo permitido pelo direito, obedecendo não só à lei literal, mas ao sentido do Ordenamento Jurídico, a sua função social e principalmente os direitos fundamentais e sua eficácia horizontal.

4.2.2. A conciliação como jurisdição voluntária

Quanto à jurisdição voluntária, a grande maioria da doutrina inclui a conciliação nesta categoria, exemplos são os de Goldschmidt, Kelsen, Liebman e Pontes de Miranda. Há muitas controvérsias sobre este tipo de jurisdição, porém, não é o intuito deste trabalho adentrar profundamente neste tema, sendo-nos suficiente conhecer o posicionamento da doutrina em sua maioria quanto à conciliação.

¹¹⁰ A conciliação então teria que obedecer à “Escada Ponteaana”, isto é, os três planos dos negócios jurídicos: a) o da existência devendo ter um agente, vontade, objeto e forma ; b) plano da validade, tendo um agente capaz, a vontade livre, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a adequação das formas; d) plano da eficácia, com elementos relacionados à suspensão e resolução de direitos e deveres, como a condição ou o termo. (TARTUCE, 2008, p. 318-319)

¹¹¹ Neste sentido se posiciona Manresa: “[...] es contrario a la lógica y a los buenos principios dar el carácter y autoridad de cosa juzgada a lo que em realidad no es más que un convenio entre particulares, sin que la intervención judicial del juez municipal pueda darle más valor y eficacia, que la daría la de un notário, em razón a que no interviene para fallar, sino para autorizar el acto, ni es su competencia conocer em juicio de los asuntos que exigen requisito prévio de la conciliación.” (MANRESA *apud* ENCABO, 1965, p. 16)

¹¹² Neste sentido comenta Gómez de la Serna: “El principio absoluto que viene regiendo de que no haya recurso contra lo que de tal acto de conciliación resulta es absurdo e insostenible. La conciliación, em último resultado, es sólo um pacto, uma transacción, y en este concepto está sujeta a todas las condiciones que las leyes establecen para la fuerza de las obligaciones. Si la transacción es nula por falta de capacid legal de las personas que la otorgan, si há sido arrancada com violencia o efecto de uma sorpresa preparada por artificio, o si tiene cualquiera de los otros defectos que suponen falta de voluntad em el que se obliga, es justo, es moral que sea irrevocable lo que un demandante astuto, prevaleiéndose tal vez de la parcialidad, de la ignorância o de la falta de entereza de um juez de paz haya preparado em daño de su contrario? No debe proceder em estos casos la demanda de nulidad, igualmente que procedería contra uma escritura de transacción?” (GÓMEZ DE LA SERNA *apud* ENCABO, 1965, p. 17)

Em linhas gerais, a jurisdição voluntária aparece como uma jurisdição sem lide, isto é, ela não visa compor conflitos posto que não os há, ela visa conferir validade a determinados atos da vida dos particulares que se revestem de uma importância que transcende a esfera dos interesses daqueles, atingindo os interesses da própria coletividade. O motivo pelo qual o direito submete estes atos não conflituosos à jurisdição é o de salvaguardar determinados interesses da sociedade, exercendo assim uma espécie de fiscalização de determinadas atividades privadas. Liebman esclarece, ainda, que este interesse público pode ser o de proteger certas pessoas consideradas em situação menos apta a defender seus próprios interesses¹¹³, conforme suas palavras:

La legge [...] lascia a ciascuno di agire con piena libertà nella propria sfera giuridica. Vi sono soltanto alcuni casi in cui vi è un interesse pubblico ad assicurare la piena e regolare soddisfazione dell'interesse privato. Che si tende a realizzare con determinati atti, e ciò avviene sia per considerazioni relative all'individuo, ritenuto meno capace a provvedere ai propri interessi, sia in vista della particolare importanza dell'atto, al quale si preferisce dare una conveniente solennità e certezza (LIEBMAN, 1962, p. 439)

Neste sentido, para Elaine Nassif, a jurisdição voluntária se caracteriza como administração pública de interesses ou direitos privados potestativos visando à verificação da conveniência do ato ou a sua legalidade para a produção de efeitos. Nela não há partes no sentido técnico, mas sim interessados e constituem-se relações novas. (NASSIF, 2005, p. 102). Ainda, Leonardo Greco, enfatizando a assistência de determinados sujeitos como interesse público, conceitua a jurisdição voluntária como:

[...] uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica. (GRECO, 2003, p. 11)

Segundo Pontes de Miranda, a homologação dos negócios jurídicos é uma espécie de atividade de jurisdição voluntária em que há participação do Estado para a integração dos negócios jurídicos, como no caso das funções registro e certificação, neste sentido não se pode falar em sentença (PONTES DE MIRANDA, 1998, p. 342). É importante ainda frisar

¹¹³ Este pode ser apontado, talvez, como o sentido da necessidade de assistência judicial para a homologação de acordos na Justiça do Trabalho já que devido às condições próprias da relação de trabalho, o trabalhador se coloca em uma situação frágil para defender seus interesses diante do empregador.

que, por mais que os ordenamentos estrangeiros não utilizem o termo “sentença” em jurisdição voluntária. A doutrina aponta, conforme o exemplo de países como Itália, México, Argentina ou Espanha, que melhor seria a utilização do termo “provimento” ou “resolução judicial”. O motivo pelo qual o termo sentença é desaconselhado se dá porque na jurisdição voluntária não há apreciação de mérito, não há extinção do processo e não há coisa julgada material. Mesmo nos casos de conciliação judicial, em que esta se inicia em um processo que pressupõe uma lide, aqueles que a consideram como de jurisdição voluntária afirmam que a audiência de conciliação seria considerada como um ato processual deste tipo de jurisdição, já que a conciliação é resultado de um acordo de vontades, não havendo mais o que se falar em lide, que será homologado pelo juiz. (FERRAZ, 2008, p. 259).

Saliente-se ainda, que a jurisdição voluntária mesmo não sendo processo, na visão clássica de Chiovenda, isto é, não sendo autônomo e não se fundando, em princípio, na vontade da lei, mas sim na das partes, não é procedimento *contra legem*, respeita a determinados princípios e regras, é um procedimento estruturado. Neste sentido, pontua GRECO:

Ora, as garantias fundamentais do processo são princípios e regras extraídos da Constituição, que definem o conteúdo humanitário da relação entre os órgãos que exercem a jurisdição e os cidadãos que têm interesse nas suas decisões, a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, ao princípio da participação democrática, à eficácia concreta dos direitos do cidadão e à tutela jurisdicional efetiva desses direitos. Tanto na jurisdição contenciosa quanto na voluntária devem vigorar essas garantias, pois elas são imposições necessárias do próprio princípio do Estado de Direito. (GRECO, 2003, p. 31)

A jurisdição voluntária, por mais que dê ensejo a situações jurídicas que tiveram por base a vontade das partes, não deixa de ser tutela do Estado, não deixa de ser jurisdição e não afasta o juiz da obrigação de agir conforme o direito e para tanto, como coloca Marinoni: “a legitimidade do procedimento depende da observância dos princípios constitucionais garantidores da adequada participação das partes e do juiz. Assim, juiz natural, igualdade, contraditório, publicidade e motivação das decisões.” (MARINONI, 2004, p. 3) Estes princípios são responsáveis por garantir que a prestação jurisdicional não seja arbitrária, seja justa, racional e confiável conforme os valores constantes no ordenamento jurídico. O respeito a estes princípios é uma imposição necessária da conformação dos Estados em Estados Democráticos de Direito.

Assim a conciliação como procedimento de jurisdição voluntária deve ater-se ao que Leonardo Greco enumerou como as garantias fundamentais do procedimento e processo:

1) *Garantias Individuais*: acesso amplo à Justiça por todos os cidadãos; imparcialidade do juiz; ampla defesa; direitos do pobre; juiz natural; inércia; contraditório; oralidade; coisa julgada; 2) *Garantias Estruturais*: impessoalidade da jurisdição; permanência da jurisdição; independência dos juízes; motivação das decisões; igualdade concreta; inexistência de obstáculos ilegítimos; efetividade qualitativa; procedimento legal, flexível e previsível; publicidade; legalidade estrita no exercício do poder de coerção; prazo razoável; duplo grau de jurisdição; respeito à dignidade humana (GRECO, 2003, p. 30)

4.2.3. A conciliação como jurisdição contenciosa

Ainda há aqueles que subsumem a conciliação ao procedimento de jurisdição contenciosa, como Calamandrei, Carneluti, Guasp e Sata e Encabo (ENCABO, 1965, p. 21). Para esta corrente, a conciliação é um instituto do processo já que nasce em um processo litigioso e compõe um dos seus momentos, tem efeitos equivalentes ao da jurisdição contenciosa e se submete aos institutos do processo: a ação, contraditório, sentença e coisa julgada, além de privilegiar o papel do juiz como interventor na formação da vontade das partes.

Um conceito bastante ilustrativo da conciliação como jurisdição contenciosa pode ser encontrado em Guasp:

[...] la conciliación es pues, fundamentalmente, tal como la regula nuestra legislación (a espanhola), uma figura de Derecho procesal, um tipo especial de proceso que tiene com todos los restantes la nota común de ser una serie o sucesión de actos tendentes a la actuación de uma pretensión por órganos especiales estatales, y que se diferencia de ellos precisamente em la índole de la pretensión misma, la cual se dirige a obtener del juez una actividad conciliadora o de avenencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la solicitud que se formula. (GUASP *apud* ENCABO, 1965, p. 27)

Leonardo Greco aponta as distinções clássicas entre jurisdição contenciosa e voluntária como sendo: a) a existência da lide na primeira e a inexistência na segunda; b) presença de partes antagônicas naquela e apenas interessados nesta; c) incidência sobre fatos preexistentes naquela e caráter constitutivo nesta; d) caráter repressivo da primeira e preventivo da segunda; e) atividade judicial substitutiva do interesse das partes naquela e concorrente nesta; f) a tutela de direitos subjetivos naquela e de meros interesses nesta; g)

formação de coisa julgada nesta e não naquela; h) adstrição ao pedido do autor na primeira e a possibilidade do juiz agir de ofício ou de adotar providência diversa da requerida na segunda. (GRECO, 2003, p. 23)

O autor faz a ressalva, porém, que a distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária vem perdendo sua força, posto que os critérios que classicamente as distingue são bastante imperfeitos diante da heterogeneidade dos procedimentos que estão submetidos a ambas. Este fato torna ainda mais difícil a classificação da conciliação em algum dos tipos jurisdicionais.

De acordo com o presente estudo, se pode observar, que ambas as jurisdições seguem os princípios básicos constitucionais e que as garantias fundamentais do procedimento e do processo são essencialmente as mesmas, apesar de haver apenas algumas nuances diferentes de acordo com cada caso. Assim, poder-se-ia dizer que a conciliação judicial trabalhista, sendo considerada como: a) de jurisdição contenciosa seguiria os mesmos princípios e garantias expostos no tópico passado, constando apenas diferenças no sentido de que sendo voluntária se submeteria a um procedimento específico previsto em lei e que da “sentença” coubesse apelação, não incidindo, porém, a coisa julgada; b) de jurisdição contenciosa exigiria um processo que culminasse em uma sentença que fosse recorrível. Elaine Nassif ao criticar a heterogeneidade do tratamento da conciliação chega a conclusões similares:

A ciência jurídica depende da demonstração da existência de unidade harmônica em seu sistema de ordenação lógica de institutos. Esta esperada coerência científica aconteceria, se: 1) a natureza da conciliação judicial, considerada como de jurisdição contenciosa, implicasse a exigência de ser precedida de processo (contraditório, ampla defesa, isonomia, imparcialidade do juiz); 2) a natureza da conciliação judicial, considerada como de jurisdição voluntária, exigisse prévio procedimento específico com rito próprio, definido em lei, no qual juiz, partes, Ministério Público e Fazenda Pública tivessem explicitados seus papéis em cada caso, e da sentença coubesse apelação, sem que o trânsito em julgado tivesse como consequência a formação da coisa julgada (art. 1.111 do CPC). (NASSIF, 2005, p. 91)

4.3. A conciliação judicial trabalhista brasileira

Apontam-se as origens da conciliação no Brasil nos tempos coloniais, com base nas Ordenações do Reino. O certo é que desde a criação da Justiça do Trabalho no Brasil, ela tem como função não apenas julgar, como também conciliar processos (GIGLIO, 1982, p. 25). A Consolidação das Leis do Trabalho tratou a conciliação com muita importância, pois estabelecia como órgão jurisdicional as Juntas de Conciliação e Julgamento, as quais, como já expressavam em seu nome, submeteria obrigatoriamente os dissídios individuais do trabalho à conciliação, conforme o art. 764 da CLT.

As Juntas de Conciliação e Julgamento não funcionavam como as Varas de trabalho da atualidade. Elas eram órgãos de composição paritária, composta por dois vogais representantes dos obreiros e dois dos empresários, ainda havia um Juiz Presidente que era livremente nomeado pelo Executivo. Seus julgadores não eram juízes togados, não tinham a formação especializada destes, nem as garantias da magistratura. Estes “juízes” classistas não tinham tantas condições de julgar conforme o direito por não terem formação específica neste ramo, sua missão precípua acabava sendo a de conciliar os interesses dos litigantes. Assim, a Justiça do Trabalho nasceu muito mais como uma justiça que velava pela composição de acordos do que pelo direito imposto heteronomamente.

Estas juntas foram substituídas pelas Varas do Trabalho com a Emenda Constitucional 24/99. Estas Varas passaram a ser compostas por juízes togados, que exerciam uma função pública vitalícia, remunerada e que seria um especialista em direito. A função julgadora da Justiça do Trabalho foi reforçada, mas a função de conciliar processos ainda continuou como de grande importância para os magistrados, já que o índice de conflitos solucionados via conciliação sempre foi expressivo na história da justiça do trabalho brasileira.

A recente Emenda Constitucional 45/2004, alterou a redação do art. 114 da Constituição Federal, em que se situa a competência da Justiça do Trabalho, excluindo a menção expressa da competência de conciliar, fazendo constar apenas a de “processar e julgar”. A conciliação, defendida por alguns como um princípio do direito do trabalho, de tão arraigada na cultura jurídica, não deixou de ser considerada pelos autores e jurisprudência função precípua do Judiciário. Considerou-se que o inteiro teor do art. 764 da CLT ainda

continua vigente, bem como os artigos referentes aos ritos ordinário e sumário em que se faz menção à necessidade da proposta de conciliação (arts. 831, 846 e 850 da CLT).

4.3.1. Fundamentação legal

As leis brasileiras pouco regulam o procedimento da conciliação judicial trabalhista. Seu fundamento legal é, basicamente, o art. 764 da CLT que apenas afirma:

Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

Os artigos 846 e 850 da CLT incluem a proposta de conciliação como etapa do procedimento ordinário, devendo ser o primeiro ato após a abertura da audiência (art. 846), bem como o último ato antes da decisão judicial (art. 850). No entanto, a CLT não estabelece procedimento próprio para a conciliação. Além deste regramento, a CLT apenas cita os efeitos do termo de conciliação judicial no parágrafo único do art. 831, que seria o de decisão irrecorrível¹¹⁴ (exceto para a Previdência Social.). Afora estas regras postas pela CLT, todas as demais apontadas na literatura jurídica brasileira são de fonte jurisprudencial ou doutrinária.

O TST sumulou alguns entendimentos quanto à conciliação judicial trabalhista que se dividem nos seguintes grupos: a) quanto aos efeitos do acordo; b) quanto à desconstituição do acordo; c) quanto à incidência de contribuições; d) quanto aos limites do acordo.

Quanto aos efeitos do acordo, a Súmula nº 100 considerou que: “O acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT”. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial.

¹¹⁴ Aponta-se também (com base na subsidiaridade, em casos omissos da CLT, do Código de Processo Civil) que o termo de conciliação judicial homologado é título executivo judicial como propugna o art. 475-N do CPC, III; (SCHIAVI, 2009, p. 35).

A OJ 132 da SDI2 afirma que o acordo homologado judicialmente em que consta plena quitação de qualquer direito que possa decorrer do contrato de trabalho alcança não só o objeto da inicial, mas também o direito em si, seja ou não consubstanciado em parcelas pecuniárias do extinto contrato de trabalho. Portanto, nova propositura de reclamação trabalhista, envolvendo tais direitos, violaria assim a coisa julgada material.

Quanto à desconstituição do acordo, a Súmula nº 259 prescreve: “Só por rescisória é atacável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do Art. 831 da Consolidação das Leis do Trabalho”. Já a Súmula nº 403 dispõe que não é possível a sua desconstituição calcada no inciso III do art. 485 do CPC (dolo da parte vencedora em detrimento da vencida). A OJ 94 da SDI2 trata do cabimento de ação rescisória em caso de conciliação quando há simulação do litígio para fraudar a lei e prejudicar terceiros, bem como, de acordo com a OJ 154 da SDI2, também poderá caber rescisória quando houver lide simulada que seja baseada em fraude ou vício de consentimento.

Quanto à incidência de contribuições, a Súmula nº 368 estipula que as contribuições previdenciárias limitam-se à condenação em pecúnia e aos valores do acordo homologado. A Orientação Jurisprudencial 360 da SDI1 preceitua que as contribuições da Previdência Social incidem sobre o valor total do acordo, independente do reconhecimento de vínculo empregatício, desde que não haja discriminação das parcelas sujeitas à incidência previdenciária. A OJ 376 da SDI1 também sustenta a incidência de contribuição previdenciária conforme o valor do acordo, inclusive quando este é homologado após o trânsito em julgado de decisão judicial.

Quanto aos limites do acordo, a Súmula nº 418 explicita que o juiz não está obrigado a homologar o acordo, conforme redação a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO: A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Ainda em relação aos limites, o TST não emitiu nenhuma Súmula ou Orientação Jurisprudencial sobre as matérias que a conciliação judicial pode albergar, no caso dos dissídios individuais. No caso dos coletivos há uma Orientação Jurisprudencial interessante, que se segue:

OJ-SDC-31 ESTABILIDADE DO ACIDENTADO. ACORDO HOMOLOGADO. PREVALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91.

Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.

De acordo com essa Orientação, há determinados direitos aos quais nem a autonomia coletiva, que é bem mais ampla do que a individual, pode prevalecer. É curioso, porém, perceber que na prática nos acordos firmados em dissídios individuais no âmbito da conciliação é permitido renunciar ou transacionar todos os tipos de direitos. Esta postura não é a declarada pelo TST, porém pode ser percebida pelo fato de se permitir conciliação de direitos trabalhistas que já foram reconhecidos em sentença transitada em julgado. Ocorre, porém que no âmbito do TST ainda há vozes destoantes àquele entendimento. Encontram-se acórdãos no sentido da total possibilidade de renúncia e transação (ANEXO 10), da possibilidade apenas de transação e da possibilidade de transação ou renúncia para determinados direitos.

No âmbito da doutrina, como na do TST, a questão dos limites da conciliação tende a se pacificar no sentido de haver apenas a possibilidade de transação¹¹⁵, conforme o estudo das posições dos doutrinadores brasileiros quanto à possibilidade de renúncia ou transação dos direitos laborais feito no Capítulo 2.

No direito brasileiro, a escassa legislação sobre o tema leva a doutrina e jurisprudência a buscar justificativas para a forma com que os direitos laborais são tratados no âmbito da conciliação judicial laboral. Levam-se em consideração três aspectos: o primeiro, unânime na doutrina e jurisprudência, afirma que, pelo fato da conciliação se dar diante da presença de um juiz presume-se que o conteúdo do acordo seja legítimo (BARROS, 1997, 98-99; CARRION, 2008, p. 578-579; CASSAR, 2009, p. 179; DELGADO, 2006b, p. 1447; SCHIAVI, 2009, p. 35; SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1991, p. 212.), pois este teria por obrigação fiscalizá-la e conduzi-la podendo até negar a sua homologação. O segundo aspecto é que se criou uma doutrina muito forte no sentido de se considerar que os direitos laborais são em grande medida indisponíveis, porém, as verbas decorrentes dos direitos laborais não o são, o que permitiria haver acordo em fase de execução, mesmo quando

¹¹⁵ De acordo com as críticas que se farão no tópico posterior, esta corrente acaba por se confundir com a corrente que crê ser possível a transação e a renúncia por que considera as verbas referentes aos direitos trabalhistas, apenas como materiais, por não representar mais o direito que lhes originou e sim apenas pecúnia.

direitos indisponíveis já fossem fixados em sentença transitada em julgado (CASSAR, 2009, p. 179; SCHIAVI, 2009) O terceiro aspecto é sobre a possibilidade de transação e renúncia na conciliação, mesmo se reconhecendo que estes direitos não o são em outros casos, a maior parte dos autores e a jurisprudência seguem essa tendência (ANEXO 10; BARROS, 1997, 98-99; CARRION, 2008, p. 578-579; SCHIAVI, 2009, p. 35; SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1991, p. 209.) havendo aqueles que defendem apenas a possibilidade de transação (CASSAR, 2009, p. 179; DELGADO, 2006b, p. 1447). Esta polêmica, porém, não parece ter maior importância diante do fato de que se considera que qualquer que seja o conteúdo da conciliação este esteja correto posto que construído diante da assistência e fiscalização do Judiciário. As críticas sobre estes aspectos serão mais bem explicitadas em tópico seguinte.

4.3.2. Conceito e natureza jurídica

Como se denota, a regulação da conciliação judicial trabalhista se dá mais pela casuística do que por uma teoria coerente sobre formas de resolução de litígios que obedeça aos limites e ao sentido do Ordenamento Jurídico. Este fato causa extrema preocupação, pois além da sua grande importância histórica, a conciliação judicial trabalhista guarda extrema utilidade prática nos dias atuais. Segundo dados do TST para o ano de 2010, “O percentual de conciliações, no País, foi de 43,4%; no entanto, 349 varas (25,3% do total de instaladas) e 10 Postos Avançados apresentaram índice de conciliação maior ou igual a 50,0%.”¹¹⁶. Apesar do grande destaque da conciliação no dia-a-dia juslaboral, observa-se que a doutrina brasileira sempre a tratou com bastante superficialidade, a exceção de poucas obras esparsas e pouco divulgadas. Os mais importantes doutrinadores brasileiros dedicam apenas um parágrafo ou menos que um par de laudas sobre o tema. Questões como a natureza jurídica deste instituto não são enfrentadas e os autores se restringem a expor apenas os contornos expostos na legislação. Elaine Nassif afirma que grande parte da doutrina brasileira considera a conciliação trabalhista como um instituto jurisdicional (NASSIF, 2005, p. 145). Cita, nesse particular, Godinho Delgado, para quem:

¹¹⁶ Dados disponíveis em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/73639/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+da+Justi%C3%A7a+do+Trabalho>

A conciliação judicial trabalhista é, portanto, ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. Embora próxima às figuras da transação e da mediação, delas distingue-se em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de realizar-se no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente, no plano de seu conteúdo, em virtude de poder a conciliação abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada. (DELGADO, 2006b, p. 1447)

Apesar da opinião de Nassif, o conceito de Godinho¹¹⁷ não parece se filiar exatamente à corrente jurisdicionalista. O posicionamento da doutrina brasileira não pode ser encontrado de forma tão simples. O estudo de algumas definições dos autores demonstra que sua natureza seria híbrida ou indefinida. Para Vólia Bomfim Cassar: “A conciliação judicial é um negócio jurídico processual e tem força de sentença meritória” (CASSAR, 2009, p. 179). Para Sússekind, a conciliação é uma forma de transação ocorrida na Justiça do trabalho (SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1991, p. 212). Para Alice Monteiro de Barros, a conciliação “[...] marca um ponto de encontro entre a autocomposição e heterocomposição” (BARROS, 1997, p. 98). Já para Giglio, em um dos poucos trabalhos específicos sobre a conciliação no Brasil, seu conceito se divide em dois devido à sua natureza material e processual. A conciliação como direito material seria um negócio jurídico (GIGLIO, 1982, p. 108) e como direito processual, seria um equivalente jurisdicional, conforme suas palavras:

Convimos, finalmente, que a conciliação se situa numa zona extrema, confinando com a jurisdição (MORTARA) e atuando como complemento do processo em que se insere (PODETTI); e concedemos que se trata de função do Estado, embora não porque implique em atividade decisória, como afirma CARNELUTTI.

Diante das características, já arroladas, da conciliação no processo trabalhista, não seria despropositado considerá-la, mais do que um equivalente jurisdicional, como uma função quase ou semijurisdicional. (GIGLIO, 1982, p. 99-100)

Tampouco a jurisprudência brasileira parece filiar-se a alguma das correntes, tratando-a de forma bastante assistemática. Há julgados do TST que consideram a conciliação judicial como um ato jurídico bilateral em que se inclui também uma renúncia ao pronunciamento jurisdicional¹¹⁸, outros afirmam que a conciliação é uma forma de prestação

¹¹⁷ Maurício Godinho Delgado chega a insinuar a aproximação da conciliação judicial com a jurisdição, porém não se posiciona quanto à sua independência ou pertinência, na realidade, o autor faz uma grande mistura entre categorias do processo e ainda admite a disponibilidade de direitos indisponíveis que não seriam apropriadas nem em nível jurisdicional, esta definição, embora não possa classificar a conciliação judicial em nenhuma categoria do processo, demonstra bem o que acontece de fato na realidade brasileira.

¹¹⁸ PROCESSO Nº TST-RR-35200-32.2008.5.15.0071.

jurisdicional¹¹⁹, outros confundem conciliação com transação¹²⁰, outros parecem tender a considerá-la como de jurisdição voluntária¹²¹.

De fato, assiste razão aos autores brasileiros em destacar direta ou indiretamente a natureza híbrida da conciliação judicial laboral pátria, pois suas características não permitem enquadrá-la em qualquer instituto do processo civil e tampouco em qualquer sistema racional criado pela lei. O conceito de Elaine Nassif parece ser o que mais se aproxima da realidade:

O conceito de conciliação judicial, tal como disposto pelo ordenamento jurídico brasileiro é: o procedimento irritual, oral e informal, realizado antes ou depois de instaurado o processo (contraditório) com vistas a buscar uma solução da controvérsia fora da jurisdição e do processo, mediante a elaboração de um acordo que, após homologado por despacho, substitui eventual medida cautelar ou sentença, faz coisa julgada imediata e adquire a qualidade de título executivo judicial. (NASSIF, 2005, p. 152)

4.3.3 Conciliação judicial trabalhista e procedimento

Os perigos da irritualidade, informalidade e falta de sistematização lógica do instituto da conciliação são evidentes ao se considerar que os procedimentos técnicos foram moldados através de muito tempo e esforço para prevenir arbitrariedades e injustiças no alcance de direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 164), assim, a utilização de meios pouco estruturados para o alcance de direitos poderia comprometer a sua efetividade e relegar o direito material à utopia.

As conclusões que se podem extrair da fundamentação legal e doutrinária da conciliação judicial trabalhista brasileira é de que o seu trâmite é irritual oral e informal. Irritual porque não há nenhuma seqüência de atos a ser seguida em seu contexto próprio, situando-se apenas seqüencialmente no âmbito dos procedimentos da CLT; oral porque as comunicações travadas de forma escrita não são cabíveis em seu âmbito; informal devido à falta de exigências formais para a validade dos atos das partes, consistindo a composição da lide apenas numa conversa, bem como porque não se exige documentação dos atos praticados em audiência, mas apenas que na ata do acordo conste as obrigações e direitos de cada parte.

¹¹⁹ PROCESSO Nº TST-ROAR-8700-06.2009.5.08.0000

¹²⁰ PROCESSO Nº TST-AIRR-208700-34.2004.5.01.0342

¹²¹ PROCESSO Nº TST-AIRR-103340-67.2009.5.03.0023

O delineamento da conciliação tende a aproximá-la muito mais de um procedimento do que de um processo pelo fato de estar inserta no capítulo sobre os procedimentos trabalhistas. Por outro lado, esta não pode ser considerada perfeitamente como nenhum dos dois, por não respeitar as garantias e princípios processuais e procedimentais. As críticas sobre estes aspectos bem como aos problemas que podem ser causados pelo atual modelo de conciliação judicial trabalhista serão mais bem explicitadas no tópico seguinte.

4.4. Críticas ao procedimento conciliatório brasileiro

O cerne de todo o problema da conciliação judicial trabalhista no Brasil está no fato de que ela não se encaixa em nenhum modelo de composição de litígios. Tampouco foi encarada com o rigor suficiente para inaugurar uma nova forma capaz de garantir o que todas devem fazê-lo: as condições de se chegar a uma composição justa, ou sendo a justiça uma quimera, que ao menos se respeite e cumpra os direitos humanos fundamentais e os princípios do Ordenamento Jurídico. Todas as críticas que se seguirão decorrem deste problema básico.

O imperativo de que haja um processo ou procedimento justo se dá em todos os âmbitos, seja jurídico administrativo ou até privado¹²², conforme a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Neste sentido Perlingieri afirma que:

O processo, o juízo, qualquer que seja, deve garantir os valores e os princípios constitucionais. A tal aspecto do problema deve ser dada maior importância, individualizando as características gerais do modelo de processo judicial previsto na Constituição. O modelo deve ser idôneo a condicionar a fisionomia dos procedimentos singulares introduzidos em leis ordinárias ou forjadas pela autonomia privada, e deve saber assumir, na invariabilidade dos escopos que persegue, as formas mais variadas: do processo de conhecimento à arbitragem ritual, das tutelas ditas diferenciadas à arbitragem livre.

A introdução do “processo justo” representa uma reforma extremamente importante para o nosso tema, porque individualizando as características do processo justo, estabelece também as garantias indefectíveis de qualquer juízo, inclusive o arbitral. Todo processo – diz o segundo parágrafo do art. 111¹²³ – se desenvolve no contraditório entre as partes [contraditório configurado como elemento essencial, indefectível], em condições de igualdade [de defesa], diante de juízes imparciais. A lei garante a sua razoável duração. E enfim, “todos os provimentos (ou decisões) jurisdicionais devem ser motivadas: a conquista, que remonta no tempo, com base na qual o juiz não deve somente dispor, mas motivar, já é constitucionalmente relevante. (PERLINGIERI, 2008, p. 42-44)

¹²² Exemplo disso é a exigência do devido processo legal no âmbito das empresas ou instituições no tocante ao procedimento de apuração de falta grave.

¹²³ O autor refere-se ao Ordenamento Jurídico Italiano.

A mistura de categorias autocompositivas e heterocompositivas na conciliação, sem que haja um sistema coerente como defendido por Perlingieri, leva a diversos obstáculos para a que esta cumpra a sua função de justiça, isto porque cada sistema formulado guarda uma lógica em que cada procedimento, consequência, prerrogativa, obrigação ou restrição têm sua razão de ser.

Sarlet afirma que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se revela também através da exigência de parâmetros para os procedimentos. Segundo o autor:

Neste sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento. (SARLET, 1998, p. 159-160)

Canotilho aponta cinco pontos para que se possa falar em procedimento equitativo num Estado democrático de direito, são estes: direito a uma decisão fundada no direito; direito a pressupostos constitucionais materialmente adequados; proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada; direito à execução das decisões dos tribunais; dimensões garantísticas e prestacionais. (CANOTILHO, 1998, p. 453-457).

Por direito a uma decisão fundada no direito entende-se por uma “decisão final incidente sobre o *fundo da causa* sempre que se hajam cumprido e observado os requisitos processuais da acção ou recurso.” (CANOTILHO, 1998, p. 453), note-se ainda que esta dimensão implica a fundamentação das decisões, já que é o único meio pelo qual se pode garantir que houve uma decisão pautada no direito.

O direito a pressupostos constitucionais materialmente adequados implica na observância de três pontos: a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais; a exigência de fixação legal prévia dos requisitos e pressupostos processuais dos recursos e ações; o saneamento de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial (CANOTILHO, 1998, p. 454).

Outra dimensão do processo equitativo é a proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada, que ressalta a importância de uma justiça temporalmente adequada, já que a justiça tardia é denegação da justiça. Observe-se, porém, que não se pede aqui uma justiça acelerada, já que “a aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso e supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.” (CANOTILHO, 1998, p. 455).

Ainda se fala em exequibilidade das decisões dos tribunais, que neste ponto se centra nos meios que o Estado deve oferecer para que se possa efetivamente dar cumprimento às suas determinações. (CANOTILHO, 1998, p. 456). Por fim, quanto às dimensões garantística e prestacional, a primeira se vincula à garantia do acesso livre ao judiciário de um ponto de vista defensivo, enquanto que as prestações significam que o Estado deve atuar ativamente na criação, por exemplo, de órgãos e procedimentos adequados e assegurar meios que evitem o impedimento deste acesso por questões de insuficiência de meios econômicos. (CANOTILHO, 1998, p. 456). É a partir destes parâmetros, que servem para qualquer procedimento que visem compor litígios, que se analisará a conciliação judicial trabalhista no Brasil.

Ao se considerar que a conciliação é um negócio jurídico e uma forma de autocomposição, para que ela fosse coerente e hábil a cumprir sua função, apenas direitos disponíveis poderiam ser-lhe submetidos. Isto por que nem sempre a autonomia das partes coincide com os valores e princípios caros à sociedade e ao Ordenamento Jurídico. O caso citado no capítulo 2 do arremesso de anão é um exemplo bastante elaborado disto. No âmbito laboral algumas situações hipotéticas são ilustrativas: imagine-se que empregador e empregado pactuem, a partir da sua autonomia individual, uma jornada de trabalho de vinte horas diárias, alguns mais individualistas, poderiam afirmar que este pode dispor de sua vida como bem queira, ocorre, porém, que, considerando a grande quantidade de mão-de-obra para uma pequena quantidade de empregos, os empregadores diante da possibilidade de contratar mediante uma jornada de vinte horas semanais, exigirão tal jornada dos demais empregados. Em princípio, alguns poderão, a partir de sua autonomia, não firmar contrato de trabalho com o empregador, porém, possivelmente, aquele trabalhador desempregado diante de sua impossibilidade de auferir renda para sobreviver, talvez não bem a partir de sua autonomia, firmará contrato, pois é melhor pouco do que nada. A conduta do primeiro trabalhador, ao tornar-se generalizada, afeta diretamente os direitos e a vida de terceiros, que não são apenas outros trabalhadores, mas também sua família e a destes. É por este motivo que há direitos

indisponíveis, que estes não podem estar sujeitos à autocomposição e sendo a conciliação considerada como esta, não pode abarcar tais direitos. Tampouco se pode considerar que um acordo, nestes termos, não possa ser questionado na justiça, posto que seria admitir que todo negócio celebrado seria cabalmente justo.

Considerando-se a conciliação como jurisdição voluntária, para que esta fosse coerente e hábil a cumprir sua função, seria necessário que houvesse um procedimento documentado para que um juiz pudesse verificar se o negócio está conforme o Ordenamento Jurídico, em que se respeitassem todos os princípios e garantias procedimentais. Como visto, a jurisdição voluntária se justifica pela necessidade do Estado de fiscalizar determinados negócios em que há interesses públicos ou assistir determinadas pessoas hipossuficientes. Para que esta fiscalização pudesse se dar seria necessário um procedimento que culminasse com a homologação ou sua negativa e que estas fossem fundamentadas para que não só as partes como a sociedade pudessem compreender o provimento jurisdicional. Aqui se poderia tratar de direitos indisponíveis, mas não no sentido de disponibilizá-los, mas no sentido da Jurisdição verificar se os negócios que os envolve os está respeitando, posto que nem às partes, nem ao juiz ou o Judiciário é dado desrespeitar direitos. Não seria legítimo que um juiz deixasse que direitos fossem desrespeitados à sua vista, pois estaria descumprindo sua função de protegê-los.

No caso de ser a conciliação considerada como de jurisdição contenciosa para que esta fosse coerente e hábil a cumprir sua função, seria necessário um processo cercado de todos os seus princípios e garantias já que cada uma delas visa alcançar uma solução justa. A necessidade de que as audiências e os provimentos jurisdicionais (desde os despachos às sentenças) sejam públicos e documentados se dá para que as partes possam ter ciência e tomar suas providências, para que haja substrato para que se emita uma sentença ou para que se possa recorrer, para que se demonstre sua racionalidade, para que não haja qualquer tipo de atitude contra o direito de qualquer das partes como do juiz.

A forma em que a conciliação judicial trabalhista é feita no Brasil deixa a desejar em muitos pontos, quais sejam: a) conciliação anterior à contestação e ao conhecimento da lide ou do contexto do negócio pelo juiz; b) falta de um procedimento mínimo e a não documentação do ocorrido em juízo; c) possibilidade de renúncia e transação de direitos indisponíveis; d) desrespeito aos limites da lide, como ocorre com a quitação geral e) alguns aspectos sobre a coisa julgada, como a possibilidade de desconstituir a coisa julgada com

acordo na execução, mas o respeito sob quaisquer hipóteses (menos em alguns casos de rescisória) da coisa julgada na conciliação; desrespeito ao direito de terceiros (tributos e contribuições estatais); f) termo de acordo genérico e sem fundamentação.

A prática do juiz em abrir oportunidade para conciliação antes da contestação, sem que antes conheça e delimite o litígio, torna impossível o conhecimento dos direitos envolvidos, bem como a cognição de quais destes são controversos ou incontroversos e quais são disponíveis ou não. Esta atitude impede que o juiz cumpra seu dever que é o de assistir as partes e fiscalizar a lei. Neste sentido, Valentin Carrion trata desta prática da ótica do autor:

O instante próprio era previsto para pelo legislador para que depois que o autor, conhecendo o teor da defesa, avaliasse o ônus probatório e as dificuldades para o reconhecimento do pleiteado. A alteração havida evidencia a pobreza criativa do legislador e o desconhecimento da realidade da primeira instância. (CARRION, 2008. p. 577)

A existência de um procedimento minimizaria determinados problemas. Não se defende aqui o retorno de um intenso formalismo. A oralidade nas audiências e a informalidade são pontos positivos, mas que tampouco podem ser confundidos com total falta de controle. Os procedimentos poderiam permanecer orais e informais, contanto que os principais pontos do acordo (como as controvérsias, o esperado pelas partes, seus motivos, e os motivos pelos quais se perfaz o acordo) sejam transcritos em ata que fosse assinada por todas as partes diretamente envolvidas. Outro ponto positivo para a oralidade e informalidade seria a gravação das audiências, como já vem ocorrendo em alguns lugares do país. A questão de um procedimento mínimo também deveria englobar a etapa de recebimento de contestação, conhecimento do juiz do conflito, definição de pontos controversos e incontroversos para que se pudesse realmente verificar quais seriam os direitos suscetíveis de transação ou não.

Quanto à possibilidade de renúncia ou transação de direitos indisponíveis na conciliação judicial trabalhista, é interessante notar que todos que a defende negam veementemente esta possibilidade em outras formas de composição. No que se fundamentaria a exceção a esta regra? Coloca-se que a presença do juiz velaria pela autenticidade da vontade do hipossuficiente o que permitiria que seu interesse fosse realmente preservado, outros aponta que a conciliação seria um princípio do processo trabalhista e que a composição de interesses estaria acima da defesa de direitos. Este último argumento não pode ser aceito pelo motivo de que esvaziaria todo o sentido das normas heteronomamente fixadas pelo Estado,

principalmente o seu esforço em proteger de forma absoluta determinados direitos humanos, considerando-os como fundamentais. Para diversos autores, como Calamandrei e Carnelutti a diferença entre a conciliação judicial e a extrajudicial é que esta se contenta com qualquer acordo enquanto aquela tem o dever de realizar justiça (CALAMANDREI, 1999, p. 121; CARNELUTTI, 1989, p. 203), caso contrário o Judiciário não seria uma instância para a proteção dos direitos no caso particular, mas uma instância para a violação de direitos de forma institucionalizada pelo Estado.

Quanto à primeira justificativa, nada no procedimento conciliatório indica que o juiz tenha condições de captar a real vontade e sanar a hipossuficiência do trabalhador, pelos seguintes motivos: a) em audiência de conciliação, nos moldes atuais, o juiz não teria como sanar a premência do trabalhador em receber dinheiro para sobreviver e assim não atingiria o cerne de sua hipossuficiência; b) o juiz não poderá assistir ao trabalhador, pois não saberá quais são os direitos incontroversos ou controversos, tampouco as possibilidades deste em se defender já que desconhece a contestação e assim a lide; c) o juiz não tem como se utilizar das técnicas do processo para diminuir a hipossuficiência do trabalhador, a exemplo da distribuição das cargas probatórias posto que não há nada o que se provar, só o que se negociar; d) como nada se documenta no termo de conciliação além das verbas avençadas, não se saberá se o juiz efetivamente prestou de seu ofício para sanar a hipossuficiência das partes; e) mesmo no caso em que esta hipossuficiência pudesse ser sanada é importante observar que alguns direitos, postos que básicos, são inerentes ao ser humano mesmo contra sua própria vontade e o caráter de indisponibilidade das leis trabalhistas não funcionam apenas em benefício do trabalhador, mas dos demais trabalhadores e do mercado de trabalho, além do benefício de sua própria família. Nestes termos, a presença do Juiz não confere nenhuma garantia a mais do haveria numa conciliação extrajudicial, assim, pondera Wagner Giglio:

Por isso, a justificação dos autores que rejeitam a transação extrajudicial, para aceitar a realizada em juízo *data vênia* não convence, pois a presença do Estado-juiz não libera o empregado da coação econômica e portanto não afasta a deficiência de *formação* da vontade: se válida é a transação judicial, válida há de ser a extrajudicial. A alternativa única é a de rejeitar ambas, posto que inexistente razão científica aceitável para distingui-las, quanto à validade. (GIGLIO, 1982, p. 62)

A prova definitiva de que não há um controle sobre a indisponibilidade em âmbito de conciliação é que se permite conciliar, em fase de execução, verbas que já foram reconhecidas

em sentença transitada em julgado. O TST¹²⁴, como se pode observar do sentido da OJ 376 da SDI1, e alguns autores defendem esta postura por considerar que apenas os direitos não são indisponíveis, mas as verbas que deles derivam seriam; ou então por considerar que ainda há *res dubia* em relação aos frutos da execução (RUSSOMANO; SAAD *apud* GIGLIO, 1982, p. 81). Ora, se uma das principais razões de determinados direitos laborais serem direitos humanos fundamentais seria a de que o trabalho é uma das únicas condições do indivíduo, despossuído dos meios de produção e de capital, obter renda e esta é essencial para a sobrevivência do indivíduo e de sua família no capitalismo, como se afirmar que as verbas são uma realidade dissociada do próprio direito? Neste sentido Mario de la Cueva se manifesta em relação às atitudes da Suprema Corte mexicana:

La Cuarta sala de la Suprema Corte de Justicia da la Nación no há podido entender al derecho del trabajo y argumenta tal como lo hicieron los teóricos del derecho individualista y liberal del tiempo del emperador Napoleón: Por qué no há de permitirse al trabajador que preste sus servicios durante quince horas? Por qué no há de permitirse al trabajador que haga donación de su salario al patrono? Por qué no há de permitirse al obrero que renuncia las indemnizaciones que nazcan del desarrollo de la relación de trabajo? El obrero no puede renunciar anticipadamente al derecho de percibir los salarios que devengue por la prestación de sus servicios, pero puede donar, libremente, a su patrono, los que devengue. La Cuarta Sala penso que el derecho del trabajo tiene um valor meramente formal; sostiene que es suficiente que em los documentos em que consten las condiciones de prestación de los servicios no se incluyan afirmaciones contrarias a las disposiciones legales, pero que no es esencial a la naturaleza del derecho del trabajo que, em realidad, se cumplan sus disposiciones. (DE LA CUEVA, 1949, p. 747.)

Por outro lado, considerando-se que os direitos como tais não possam ser disponibilizados na conciliação e esta apenas poderia se dar quando estes direitos estiverem em sua fase de execução, posto que estes não são mais direitos, mas apenas verbas, seria

¹²⁴ Esta postura é a majoritária no âmbito da Justiça do Trabalho, porém algumas vozes se levantam contra, a exemplo do julgado transcrito por Alice Monteiro de Barros: Ação rescisória. Acordo fraudulento. Procedência em parte. Inexistindo vínculo laboral, não podem as partes em juízo realizar acordo visando tão-somente ao recolhimento de prestações previdenciárias. A transação é fraudulenta, impondo assim a desconstituição do acordo no particular. Mantido o acordo nos demais termos para que surta os efeitos de coisa julgada material. Hipótese do inciso II, art. 45, do CPC. (Ac. TRT 6ª Reg. Pleno - AR 66/88 - Rel.: Juíza Irene Queiroz. Boletim de Legislação e Jurisprudência da 6ª Reg., nº 4/90 p. 71. Dicionário de Decisões Trabalhistas, Calheiros Bonfim, 23 ed., p. 24. No mesmo sentido: Aceitar acordo extrajudicial que altera fundamentalmente as razões de decidir da Junta e do Tribunal equivaleria a anular esses julgados. Improcede o inconformismo da reclamante, manifestado através deste agravo de petição, acatando despacho do juiz da execução, que negou a homologação de acordo feito com a empresa. E improcede, dado, o fato de que há coisa julgada formal e material. Ac. de f. 73/74). Logo, outro não poderia ser o procedimento do MM. Juiz. Se homologasse o acordo, estaria infringindo sentença confirmada por este Egrégio Tribunal e já em fase de execução. Com efeito, o Acórdão de f. 73/75 confirmou a sentença que reconheceu a falta grave praticada pelo reclamante. Aceitar o acordo extrajudicial, que altera fundamentalmente as razões de decidir da Junta e do Tribunal, equivaleria a anular esses julgados. Ac. (unânime) TRT 8ª Reg. (Ap. 2311/89), Rel.: Juiz Arthur Seixas, proferido em 23.5.89. Dicionário de Decisões Trabalhistas. (BARROS, 1997, p. 98)

necessário que houvesse toda uma instrução e sentença para que as empresas tentassem pagar menos pelo trabalho através do acordo? A corrente que separa as verbas trabalhistas dos direitos parece não passar de uma ficção jurídica que desnatura as bases do próprio direito do trabalho. Afirmar que as verbas laborais não têm a mesma natureza indisponível que os direitos, seria o mesmo que defender que a mera afirmação dos direitos humanos é suficiente e que sua efetivação é algo acessório. A presente dissertação não pode concordar com esta tese pelas razões que já foram expostas no Capítulo 2 da mesma.

Outra justificativa para a transação de direitos indisponíveis na conciliação já foi analisada no Capítulo 2 desta dissertação e se refere à condição de *res dubia* dos direitos postos em litígio. Assim, os direitos não seriam negociados, mas sim a incerteza, o risco da demanda (CASSAR, 2009, p. 179). Além deste ponto de vista sofrer do mesmo vício lógico que a justificativa anterior que distinguia os direitos das verbas, esta parece negligenciar o fato já tratado de que na conciliação o juiz não tem a oportunidade de aferir os riscos da demanda posto que, no momento em que eles existem, não tem conhecimento da contestação ou da lide, tampouco o reclamante poderiam agir informado dos reais riscos do processo posto que também desconhece aquelas. Outro ponto importante sobre os riscos da demanda é ressaltado por Russomano, a conciliação não é capaz de retirar seus riscos:

[...] se a parte contrária for pouco escrupulosa, uma vez aceita a conciliação em tais condições, deixará de cumprir o acordo e só poderá ser executada pelo valor da conciliação. O interessado terá perdido parte de seu crédito e irá, da mesma forma, sofrer os ônus e os perigos judiciais da execução da sentença. (RUSSOMANO *apud* GIGLIO, 1982, p. 31)

O desrespeito aos limites da lide, com a homologação de acordos que permitem a quitação geral de todos os direitos que possam decorrer da relação de trabalho também é um grave desrespeito aos direitos humanos fundamentais e às técnicas processuais. O fundamento para se aceitar tal prática é o da segurança jurídica, em nome desta segurança se impediria tutela até de direitos futuros como o de indenização por doença profissional. O TST e vários doutrinadores tratam a segurança jurídica como um valor maior que o dos direitos humanos fundamentais em nosso Ordenamento. Tal entendimento parece ser equivocado, pois tanto transmite maior insegurança jurídica ao estender a coisa julgada a direitos futuros e incertos bem como ao se proteger sob o manto da segurança jurídica violações aos direitos humanos fundamentais.

A segurança jurídica tem estreita conexão com o inciso XXXVI do art. 5º que trata do respeito ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Neste sentido, Canotilho afirma que:

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos (CANOTILHO, 1998, p. 373)

A mesma importância atribuída à segurança jurídica em conciliações que envolvem quitação plena e geral de direitos referentes a uma relação jurídica não é atribuída nos casos em que se permite, através da mesma, que se desconstitua os termos da sentença coberta por coisa julgada no caso da execução, podendo atingir, inclusive direitos de terceiros, como se pode observar do conteúdo da Súmula 368 do TST, da OJ 360 e 376 da SDI1, que basicamente permitem que mesmo em face dos direitos postos em sentença transitada e julgada sobre os quais a União teria direito adquirido de tributação, é possível que através de conciliação haja acordo que desconstitua os termos anteriores da sentença, bem como os direitos adquiridos da União, devendo a tributação apenas incidir nas parcelas do acordo que não forem de carácter indenizatório. Esta prática completamente contrária ao ordenamento abre grande brecha para a fraude contra terceiros. Homologadas pelo Judiciário. É bastante comum que os termos dos acordos, tanto em fase de conhecimento quanto de execução, discriminem parcelas que tenham apenas carácter indenizatório, para que nestas não incida qualquer contribuição estatal. Esta prática traz graves consequências para o Judiciário e o Erário, como se verá no tópico posterior.

Um dos pontos de maior perigo da conciliação judicial trabalhista refere-se aos provimentos judiciais genéricos e não fundamentados. Pietro Perlingieri se insurge contra a tendência das reformas dos meios compositivos de limitar a fundamentação dos provimentos em prol da eficiência e da rapidez, posto que a fundamentação seja uma conquista histórica contra a arbitrariedade estatal, o autor ainda, citando Giacobe, indica que a motivação exprime um princípio de civilização jurídica que não permite derrogações ou limitações (PERLINGIERI, 2008, p. 44) Todos estes pontos referentes à conciliação judicial trabalhista

que aqui foram criticados parecem se legitimar, na concepção dos autores e da jurisprudência, pela simples presença do juiz.

Para Calamandrei a conciliação não deve buscar uma solução qualquer dos conflitos, não devem as partes renunciar seus direitos para conseguir a pacificação social, mas devem buscar a justa solução, aquela que se fundamenta no Direito, através do papel do juiz que as ajudará a compreendê-la, conhecendo o limite exato das faculdades que a lei lhes outorga, só assim se chegará a uma verdadeira pacificação (CALAMANDREI, 1999, p. 121). A ressalva de Calamandrei quanto à composição justa é bastante importante, porém este autor esquece de colocar como o juiz deverá proceder e demonstrar que o fez para se alcançar essa solução, posto que o juiz não é a materialização da justiça, o juiz, cercado das garantias e princípios processuais, é um meio para alcançá-la. Ainda no mesmo sentido daquele autor Carnelutti:

La nota diferencial, frágil y valiosa, entre las dos formas de actividad, se refiere, por el contrario, a la finalidad, *puesto que la mediación persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de la justicia*, mientras que *la conciliación aspira a la composición justa*. (...) Que, a diferencia de la mediación, la conciliación tiende a la justa composición del litigio es afirmación no generalizada en la ley; pero se infiere con seguridad de la naturaleza del órgano a que el oficio de conciliación está confiado y de las relaciones históricas y prácticas entre la actividad de la conciliación y la decisión. (CARNELUTTI, 1989, p. 203)

É importante se salientar que o juiz por si só e todos os seus atos não personificam a justiça se não estiverem respaldados pelas regras do Ordenamento Jurídico. O direito de que todo o provimento estatal fosse motivado foi uma importante garantia conquistada não só pelas partes, mas por toda a sociedade com a finalidade de se poder aferir a imparcialidade, a legalidade e a justiça das decisões, de outra banda, esta garantia também alcança às partes no sentido de permitir que estas se insurjam (através de recurso) contra decisões que considerem injustas. (FERRAZ, 2008, p. 56). Esta garantia encontra-se no art. 93, IX e X da Constituição Federal e é essencial para o resguardo dos direitos fundamentais constitucionais.

As contradições da conciliação judicial trabalhista expostas neste tópico revelam que esta tem se comportado de forma apartada de todas as regras e princípios postos pelo ordenamento para que as formas de composição de litígios alcançassem a sua finalidade de composição justa. A informalidade e falta de controle do seu procedimento parece servir para que a ideologia liberal, cada vez mais alardeada na sociedade e no meio científico, se infiltre no direito material e processual do trabalho minando sua função de proteção aos direitos do trabalhador e de equilíbrio entre o trabalho e o capital.

Não apenas o Banco Mundial e associações de empresários expõem claramente que se utilizam da conciliação judicial para impor seus pontos de vista sobre o respeito aos direitos dos trabalhadores, conforme se explicitou no Capítulo 3 sobre a flexibilização. O Judiciário vem incorporando o discurso neoliberal em seus julgados, súmulas e Orientações Jurisprudenciais conforme se pôde ver no caso da conciliação. Uma demonstração disto pode ser vista de forma explícita no acórdão presente no ANEXO 10 desta dissertação, ao qual destacam-se trechos:

Não se pode impedir pessoas capazes de contratar de não realizar acordos envolvendo direitos decorrentes desse contrato que as mesmas, por lei, podem firmar, ainda que se tenha em mira os direitos do trabalho em tese irrenunciáveis em face do princípio da desigualdade de partes na relação contratual diante da regra da superioridade econômica do empregador, situação não impeditiva de sua ocorrência de forma tácita ou até expressa, embora neste caso, à exclusão da sentença homologatória da renúncia, embora o documento não adquira força exoneratória do devedor, mas somente quanto àqueles direitos expressamente determinados por lei constitucional ou infraconstitucional de conteúdo inderrogável e, por consequência, em tese, não passíveis de transação ou renúncia, como é o caso previsto no inciso XIII, do artigo 7º, da Constituição da República, que trata da jornada de trabalho, quando se sabe que tal limite é usualmente desrespeitado no território nacional, sem qualquer regra coletiva a aparar a modificação e cuja reparação somente se dá em percentual ínfimo, operando-se a renúncia tácita, assim como nos casos em que o trabalhador busca o Poder Judiciário para dirimir a contenda acerca do tema, operada a conciliação a renúncia ao direito também ocorre.

Tem-se assim que somente alguns dos direitos previstos no ordenamento jurídico nacional têm a característica da inderrogabilidade, indeclinabilidade, irrenunciabilidade que impedem pactuação diversa ou a atuação de terceiro na solução do conflito e, mesmo assim, podem ser objeto de conciliação na Justiça do Trabalho, mesmo porque, de acordo com a doutrina, da qual colho os ensinamentos de Rodolfo Pamplona Filho, in Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista, publicado no www.jus.uol.com.br/doutrina:

'Ora, em função do Princípio tradicional da Irrenunciabilidade de Direitos, há quem entenda que o Juízo Arbitral seria totalmente inaplicável às relações individuais de trabalho, o que tem encontrado respaldo nos setores mais conservadores da doutrina e jurisprudência.

Todavia, os tempos parecem estar mudando no horizonte, pois, pouco a pouco, a flexibilização dos direitos trabalhistas no plano individual, ainda que com a assistência das entidades sindicais, parece estar ganhando cada vez mais corpo.

Além das previsões constitucionais do art. 7º, incisos VI, XIII e XIV (flexibilização de direitos trabalhistas com base na negociação coletiva), a política do atual Governo federal, com envio de projetos de reestruturação da legislação laboral, também infere que grandes transformações estão por vir, com o incentivo, cada vez maior, de formas de solução extrajudicial de conflitos, entre as quais a arbitragem se destaca .

Ademais, talvez já seja a hora de assumir, sem hipocrisias, que os direitos trabalhistas talvez não sejam tão irrenunciáveis assim, mas a própria possibilidade da conciliação por valores menores do que o efetivamente devido já demonstra a real disponibilidade na prática (e com a chancela judicial!). (ANEXO 10)

Algumas vozes já começam a se levantar no âmbito da doutrina e do Judiciário em relação à conciliação, e parecem confirmar indiretamente a tendência de flexibilização extra-institucional (CARDOSO, 2003, p. 159) presente no Capítulo 3, perpetrada no âmbito do judiciário através da desconstrução indireta das normas trabalhistas. As obras de Wagner Giglio¹²⁵, Elaine Nassif¹²⁶ e de alguns artigos esparsos sobre o tema são exemplos disso. As consequências danosas e o sucesso do uso massificado da conciliação judicial trabalhista brasileira como forma de resolução de disputas, serão mais bem tratadas no tópico que se segue.

4.5. Motivos para o incentivo da utilização da conciliação judicial trabalhista

Elaine Nassif, em sua obra “Conciliação Judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da ‘justiça menor’ no processo civil e trabalhista”, estudou os motivos do êxito da conciliação na Justiça do trabalho. A autora classifica estes motivos em: a) razões processuais, citadas como a possibilidade de renúncia ou transação permitida pela doutrina e jurisprudência apenas no âmbito da conciliação; a possibilidade de dar quitação de todas as verbas (seja passadas, presentes ou futuras) decorrentes da relação de trabalho, devido à coisa julgada; b) razões econômicas colocadas como a possibilidade de redução e parcelamento do débito devido a aceitação da disponibilidade das normas trabalhistas em conciliações judiciais; a possibilidade de não pagar as custas os tributos e os impostos devido à possibilidade de considerar quitados todos os direitos provenientes da relação trabalhista apenas com a especificação em ata de que as verbas têm caráter indenizatório; c) razões

¹²⁵ Uma das muitas advertências de Giglio em sua obra é que: “Entre nós, pelo menos nos grandes centros, a conciliação judicial vem sendo totalmente desvirtuada, na prática: ao invés de ser uma forma justa equânime, rápida e barata de solucionar os litígios, vem se transformando num expediente para pôr fim a processos, sem maiores preocupações do magistrado senão a de se livrar do serviço de instruí-los e julgá-los. Para obter sucesso nas tentativas conciliatórias, alguns juízes “conciliadores” – felizmente uma minoria – não hesitam em acenar com a possibilidade de insucesso e com a demora na solução do feito, lembrando que a inflação desvaloriza a moeda e usando qualquer outro meio de velada intimidação para obter a anuência das partes ao acordo proposto. (GIGLIO, 1982, p. 92)

¹²⁶ Elaine Nassif defende que a conciliação no direito do trabalho é mais utilizada e mais flexível que no direito civil e para isto aponta quatro razões, sendo uma das principais os motivos econômicos, em suas palavras: “Os motivos econômicos não se restringem à mera resolução de um caso individual. Eles indicam o funcionamento de um sistema que incentiva o descumprimento da lei, ou seja, que desincentiva o cumprimento espontâneo da lei. Isto significa um aumento de ações na Justiça do Trabalho, resolvidas mediante conciliação. Com efeito, se a mão-de-obra cresceu quatro vezes e o número de ações, 70 vezes, significa que até mesmo o reconhecimento do vínculo de imediato, com a assinatura da carteira logo no início do pacto, é desincentivada. (NASSIF, 2005, p. 249)

fraudulentas que se dão pela possibilidade de se reduzir contribuição previdenciária, impostos, custas ou seguro desemprego; d) razões pessoais, que seriam compostas pelas razões processuais, econômicas e fraudulentas como dimensões diferentes das razões dos sujeitos envolvidos na relação estabelecida em juízo. (NASSIF, 2005, p. 181-189)

Já às razões pessoais podem ser: a) do juiz que além de poder ter interesse em resolver o litígio de forma mais fácil, também seria pressionado pelo Judiciário para aumentar a sua produtividade já que esta é controlada e divulgada periodicamente, além de ser um critério de promoção¹²⁷; b) do empregador que tem a possibilidade de pagar menos do que o devido ao trabalhador, de forma parcelada e acobertada pela Justiça, podendo inclusive dar quitação geral de todas as questões referentes ao contrato de trabalho sejam passadas, presentes ou futuras, podendo, ainda, livrar-se de contribuições previdenciárias, tributos e custas¹²⁸; c) dos advogados que não teriam tanto interesse no valor da causa devido o fato de não haver ônus de sucumbência a cargo da parte perdedora, podendo lhe ser mais atrativo o recebimento de honorários contratuais de forma rápida e segura; d) e do trabalhador que muitas vezes diante de situação de necessidade imediata das verbas trabalhistas e devido às incertezas da dificuldade probatória que é inerente às relações de trabalho é premido em garantir uma quantidade de dinheiro rapidamente, mesmo quando sabe que poderia receber mais; e) das partes em obter vantagens do sistema conciliatório dando entrada em lides simuladas que visariam principalmente burlar a Previdência e a Receita homologando acordos que já chegam prontos em juízo e que são homologados a título apenas indenizatório para que nenhum encargo seja pago, favorecendo ambas as partes. (NASSIF, 2005, p. 174-181)

Esta conjuntura de desrespeito a direitos poderia ser apontada como positiva para todas as partes, exceto para o trabalhador. Para o obreiro a conciliação pode apresentar-se como conveniente, diante das suas dificuldades, mas jamais positivas. O trabalhador é colocado em uma situação em que muitas vezes desconhece seus direitos e os meios de prová-lo, já sente que seu direito não vale muito devido ao descumprimento sistemático pelos empregadores e se sente sozinho diante de uma audiência em que muitas vezes os advogados o patrão e o juiz insistem nas benesses de um acordo e nos malefícios de um litígio, não lhe

¹²⁷ Muitos doutrinadores apontam esta tendência do juiz em preferir o acordo, conforme já foi explicitado esparsamente neste trabalho, esta tendência também pode ser vista no dia a dia dos fóruns trabalhistas em que audiências unas são marcadas num intervalo de cinco em cinco minutos como aponta Jorge Luiz Souto Maior (MAIOR *apud* NASSIF, 2005, p. 175) ou então de uma consulta simples pelos sites dos TRTs às pautas do dia se poderá observar que há um costume de se marcar audiências em um intervalo entre 5 a 20 minutos.

¹²⁸ Esta possibilidade pode ser encontrada no próprio relato do Banco Mundial e IPEA, bem como no da FIRJAN, já citados neste estudo. A possibilidade do não pagamento de contribuição previdenciária, impostos e custas também pode ser observada principalmente na súmulas e OJs citadas e no PROCESSO Nº TST-ROAR-8700-06.2009.5.08.0000.

sendo conveniente ir de encontro à opinião do próprio juiz que sentenciaria a lide, caso se decidisse prosseguir-la. Neste sentido Cappelletti já alertava:

Em particular, é comum dar ao juiz ou o poder de sugerir um acordo, ou permitir-lhe remeter o caso a outro juiz ou funcionário. Embora pesquisa empírica detalhada seja necessária para definir esse ponto, parece que o melhor método é o adotado pelo sistema muito eficiente que opera em Nova Iorque, onde o juiz que julga o caso não é o mesmo que tentou conciliá-lo. Isso evita que se obtenha aquiescência das partes apenas porque elas acreditam que o resultado será o mesmo depois do julgamento, ou ainda porque elas temem em incorrer no ressentimento do juiz. (CAPELLETTI; GARTH, 2002, p. 85-86)

O autor ainda alerta sobre fragilidade de algumas partes e a tendência do sistema em favorecer a parte economicamente mais forte:

A demora e os altos índices de inflação tornam um demandante em busca de numerário, especialmente quando se trata de um indivíduo isolado, mais ansioso por uma composição, de modo a poder receber alguma quantia desde logo. [...] Litigantes individuais são especialmente suscetíveis a essas pressões, porque não podem distribuir seus riscos entre diversas causas [...]

De acordo com o Professor Zander: “O sistema favorece o requerido que é normalmente a parte economicamente mais forte”. Em casos de danos pessoais, que são a maioria, o autor por definição, é um particular. O réu é geralmente um empregador ou uma companhia de seguros. Para o autor o resultado é vital, para o réu ele normalmente não tem maior importância, a não ser pelo que possa eventualmente afetar os lucros contabilizados no final do exercício. (CAPELLETTI; GARTH, 2002, p. 88-89)

A demora, que é o problema central, colocado pelos institucionalistas, do acesso à justiça não seria um problema se o direito e o papel dos juízes fossem utilizados de forma correta. O processo do trabalho tem ferramentas para satisfazer a premência dos trabalhadores pelo recebimento de verbas. A incontrovérsia de grande parte dos direitos laborais pode ser percebida facilmente do exame da contestação. Se os juízes aplicassem do seu bom ofício para permitir um acesso célere à justiça, poderiam lançar mão, de ofício¹²⁹, da tutela antecipada, conforme o art. 273, §6º do CPC, para que o empregado pudesse receber desde logo as verbas trabalhistas incontroversas.

Da análise feita do estudo de Nassif percebe-se que, apesar do seu diagnóstico ser muito preciso, o real motivo para o sucesso histórico da conciliação judicial trabalhista é o da possibilidade de se flexibilizar maciçamente direitos (ao alvedrio das empresas e da ideologia liberal, que apesar da Constituição de 1988, ainda é dominante no país) sem que seja necessário desconstruir o discurso de proteção dos direitos humanos e sociais e sem os desgastes políticos que esta desconstrução traria.

¹²⁹ Há controvérsias quanto à possibilidade desta tutela ser concedida de ofício, porém pode-se encontrar diversos julgados no âmbito do TST que o juiz, a partir do seu poder geral de cautela, pode concedê-la por sua própria iniciativa.

O incentivo à conciliação não parece se assentar no grande percentual de litigância, mas na possibilidade de se alcançar a proteção jurisdicional e não atacável da flexibilização, pois o incentivo à conciliação judicial só atolaria o Judiciário de demandas, muitas vezes simuladas, para conferir segurança jurídica ao acerto flexibilizatório das partes. Segundo Wagner Giglio, citando Clóvis C. Salgado:

[...] “perante o Judiciário trabalhista, diariamente, são feitos milhares de pagamentos, através de termos de conciliação, muito inferiores aos em tese devidos e, não obstante, não se impugna sua validade, face aos incisivos termos do parágrafo único do art. 831 da CLT: “No caso de conciliação o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível.” Diante da insegurança da quitação extrajudicial e da segurança lavrada em juízo, os empregadores preferem naturalmente esta, o que vem asoberbar o “judiciário já afogado, nos grandes centros urbanos, com avalanches de processos”. (GIGLIO, 1982, p. 56)

4.6. Conciliação, direitos fundamentais e flexibilização

A importância do trabalho para o ser humano e para economia, como demonstrado, o tem colocado entre valores não só distintos como conflitantes. Por um lado, os setores sociais comprometidos com a economia capitalista tentam se utilizar do direito para regular o trabalho de acordo com seus valores e interesses, no que Santos chamaria do seu uso hegemônico (SANTOS, 2007, p. 23); de outro, os setores comprometidos com os valores humanos do trabalhador tentam se utilizar do discurso dos direitos para regulá-lo normativamente no sentido de alcançar a efetivação de condições de vida dignas para os obreiros, o que Santos chamaria de seu uso contra-hegemônico (SANTOS, 2007, p. 23).

Com a crise do Welfare State e com a falência de um modelo de economia e direito voltado às necessidades obreiras, nota-se uma tentativa de recaptação do direito pela economia neoliberal, no intuito de fazer com que este volte a funcionar apenas em prol de valores de livre mercado, minando o uso contra-hegemônico da Justiça. Esta tendência pode ser vislumbrada no discurso dos institucionalistas. Esta concepção do direito tenta sepultar a possibilidade da utilização do Judiciário como via à efetividade dos direitos laborais, condicionando o acesso a estes às considerações econômicas. Os institucionalistas tentam inculcar um discurso de primazia das soluções negociadas em detrimento dos direitos postos pelo Estado para que assim, os direitos fundamentais do trabalhador sejam flexibilizados.

Marx e muitos marxistas sustentam a tese de que o direito e a justiça do trabalho, como instituições, surgiram como forma de pacificação das relações entre trabalho e capital, e não para defesa dos obreiros, utilizando-se do discurso protetivo apenas como ideologia (ATIENZA, 1983, p. 108-109). Esta tese de Marx se assemelha ao que Boaventura considerou como faceta hegemônica do direito. Marx, à sua maneira, também considerou o uso do direito de forma contra-hegemônica e viu-o como positivo na conquista de condições de vida digna ao trabalhador. (ATIENZA, 1983, p. 115). Ocorre que apenas a concepção hegemônica do direito parece ter sido possível no modo em que a Justiça do Trabalho brasileira foi criada.

A Justiça e os direitos do trabalho no Brasil surgiram em um contexto totalitário em que se necessitava de uma grande mobilização do operariado, que deveria ser mantido sob controle, em prol da modernização e industrialização do país. No início desta Justiça não havia espaço para se questionar o uso do direito como meio de efetivação de vida digna. A atividade deste Poder se dava apenas no sentido de mobilizar de forma pacífica o operariado nacional. Romita explana esta tese:

A Carta do Estado Novo (10 de novembro de 1937) instituiu a Justiça do Trabalho (art. 139, 1ª alínea), no capítulo “Da ordem econômica”, como órgão do Poder Executivo, dispondo expressamente que a ela não se aplicariam as disposições relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça Comum. Era, na verdade, órgão especial do Estado, fora do Poder Judiciário, instituído com a finalidade de “dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social”.

Nessa época — desnecessário recordar —, época de autoritarismo, de veleidades corporativistas, a regulação estatal das relações de trabalho baseava-se em dois pressupostos: o primeiro era que as relações coletivas de trabalho constituíam manifestações da luta de classe, e o regime político então imperante no Brasil simplesmente procurava superar tal concepção, pela necessária colaboração dos grupos opostos. Deveriam ser evitadas quaisquer manifestações de antagonismo, mediante o estabelecimento da ideologia da paz social. Segundo, temia-se que as repercussões dessa luta pudessem afetar o conjunto da sociedade. Em consequência, pretendia-se conjurar no nascedouro qualquer possibilidade de rebelião social. Tornou-se então imperioso, dentro dessa filosofia política, desenvolver a regulação minuciosa das condições de trabalho, por via legislativa, portanto por via heterônoma, a fim de tornar desnecessária a ação sindical além de condicionar os interlocutores sociais a buscarem no Estado a solução dos eventuais conflitos ocorrentes. Essa intervenção provoca a promulgação de abundante legislação (heterorregulação das condições de trabalho), o que vai redundar na fragilidade (praticamente inexistência) da contratação coletiva, acoplada a uma série de medidas, das quais a maior parte ainda continua em vigor: sindicato único imposto por lei, sujeito à intervenção do Estado; contribuição sindical criada por lei, como instrumento da submissão das entidades de classe ao Estado; competência normativa dos Tribunais do Trabalho, com o intuito de evitar o entendimento direto entre os grupos interessados; proibição da greve (é lógico: se há uma Justiça do Trabalho dotada de competência normativa, não faz sentido algum permitir a greve); cooptação das lideranças sindicais, mediante o aproveitamento de representantes patronais e de trabalhadores na composição dos órgãos da Justiça do Trabalho. (ROMITA, 1999, p. 95-96)

O modelo corporativista de Justiça não estabelecia uma magistratura do trabalho como a comum, voltada a aplicar o direito heterônomo, mas se fundava em corporações, em que os representantes classistas desempenhavam verdadeiro papel de árbitros, “[...] decidindo ‘pela técnica dos standards e do direito intuitivo e não pela técnica da norma legal’”. Os magistrados togados seriam colocados na presidência desses tribunais apenas para inspirar um “sentimento de confiança e respeito” à classe patronal e à empregada” (ROMITA, 1999, p. 99). Assim surgiu na cultura nacional a prática, a ideologia e até o costume de considerar a Justiça do trabalho como órgão que visa primeiramente a mediação de conflitos, independente das regras de direito postas.

As constituições posteriores, 1967, 1969 e 1988, por mais que não comungassem com a ideologia getulista, reproduziram este modelo de Justiça do Trabalho, principalmente ao se considerar que, a CLT, fruto daquele período, continua vigente até os dias atuais. Os moldes getulistas da Justiça do trabalho tiveram de ser adaptados ao contexto da Constituição de 1988, posto que esta instaurasse no país um Estado Democrático de Direito, não se admitindo mais um primado da autonomia, e sim o da lei. Assim, com a Emenda Constitucional nº 24 de 1999, aboliu-se definitivamente a estrutura das Juntas de Conciliação e Julgamento, instituindo-se uma real magistratura do trabalho, cercada de todas as suas garantias e composta de juízes togados.

A concepção do Estado como democrático de direito permite aos cidadãos que se usem da faceta contra-hegemônica do direito com certa facilidade, pois amarra a atuação dos Poderes e instituições em função dos direitos humanos fundamentais, ao mesmo tempo em que concede aos cidadãos as vias para exigir a sua efetivação, principalmente através do direito de ação. Esta mudança do Estado e da Justiça do Trabalho não foi suficiente, porém, para instituir o primado do direito e para permitir as condições necessárias para que os cidadãos se insurgissem contra o uso hegemônico do direito pelos capitalistas. A jurisprudência e doutrina insistiram em afirmar a conciliação como essencial às atividades da justiça do trabalho, decidindo manter o instituto com a mesma essência do getulismo, privilegiando a composição das partes mesmo que em detrimento do direito. A conciliação judicial trabalhista é a grande responsável por esconder a tensão que há entre os ditames de heteronomia do Estado Democrático de Direito e o costume jurídico da conciliação. Romita se manifesta quanto à manutenção da lógica paternalista até os dias atuais no âmbito do direito do trabalho e considera que:

A conciliação desempenha importante papel como peça fundamental na vasta engrenagem forjada pela política social praticada no Brasil. Ora, todos os que militam no Foro Trabalhista sabem, por experiência própria, que a celebração de “acordo” nos dissídios individuais faz-se, sempre, em detrimento da integral satisfação dos direitos do autor. O reclamante “faz acordo” premido pela necessidade, pressionado pelo temor da inflação (que a atualização monetária apenas atenua) e impelido pelo desejo de rápida solução da controvérsia (sabe que o cumprimento efetivo da condenação demandará 6 ou 7 anos) ... (ROMITA, 2009b, p. 9)

Ainda neste sentido Romita sustenta que a finalidade da conciliação judicial trabalhista era a de projetar a idéia de superação da luta de classes, disseminando ainda a imagem do Estado como capaz de equilibrar os interesses dos trabalhadores e capitalistas, fazendo com que estes se voltem a um ideal comum (ROMITA, 2009b, p. 11). Esta estratégia visa desmobilizar os trabalhadores e suas lutas e não resolver a essência das disputas. Ao contrário, a conciliação oculta e nega os conflitos. A essência da conciliação parece permanecer, mesmo diante de uma conjuntura de Estado Social e Democrático de Direito.

A idéia de se utilizar os meios alternativos de resolução de disputas como instrumentos para desmobilizar e controlar as lutas sociais também pode ser vista com a difusão dos MARDs pelo mundo. Estudos da antropóloga estadunidense Laura Nader sustentam que há uma ideologia da harmonia, uma cultura da paz que se propaga através dos meios alternativos de resolução de conflito. Esta ideologia tem base na colonização cristão-européia, visando deslegitimar a luta por direitos de determinados seguimentos da sociedade (NADER, 2002, p. 120). Em seu livro: “The life of the law: anthropological perspectives”, especialmente no capítulo intitulado de “Hegemonic processes in law” estuda como, em diferentes povos no mundo, se introduziu a lógica coerciva de harmonia, chegando à realidade atual em que os Estados Unidos se utiliza dos MARDs para controlar e silenciar conflitos e exigências de direitos tanto em seu território, quanto em países que busca controlar. É interessante salientar a referência da autora ao uso dos MARDs, em especial da conciliação, para abafar os movimentos da década de 1960, e como o estudo de Cappelletti sobre o acesso à Justiça, ao incentivar o uso dos MARDs foi desvirtuado pelos Estados Unidos para atender considerações de eficiência econômica e utilizado para difundir esta ideologia, criando uma subclasse de justiça para os grupos vulneráveis.¹³⁰ (NADER, 2002, p. 138-139)

¹³⁰ The 1960s in the United States are described as confrontative because many social groups came forward with their rights agendas: civil rights, consumer rights, women’s rights, environmental rights, Native American rights, and more. Law and lawyers were criticized from the political right and left in relation to access to rights and remedies. Mauro Cappelletti, a law professor from Stanford University and the European University at Florence, was an important catalyst in the work on civil litigation, work funded in part by the Ford Foundation. In his general world survey on access problems (1973), Cappelletti concluded that the idea that access to law for

A ideologia do acordo costuma se fundamentar numa concepção negativa de conflito, em algo que sempre traz prejuízo às partes e que deve ser evitado a qualquer custo, como se pode identificar no brocado popular: “o pior acordo é sempre melhor que uma demanda”. Esta idéia é difundida em todos os manuais de direito material ou processual trabalhista consultados nesta dissertação. Esta visão do acordo não leva em consideração a estrutura dialética do aprendizado individual e da evolução social que se estabelece através do conflito. Uma visão positiva do conflito o considera como necessário ao aprendizado, descobertas e modificações do ser humano das sociedades.

A visão negativa dos conflitos pode ser associada à ideologia da harmonia colocada por Nader, bem como a corporativista colocada por Romita. A visão defendida neste trabalho, porém, encara os conflitos como aspectos positivos para o ser humano e sociedade. Os conflitos são essenciais para a afirmação da visão aqui defendida de direitos humanos como meio para obtenção de condições de vida digna, como defende Douzinas, Herrera flores, Bobbio e de certo modo Marx, dentre outros. Os conflitos judiciais também são positivos no sentido de permitir a faceta contra-hegemônica dos litígios. Isto é, o Judiciário pode ser uma arena bastante profícua para uma parte da sociedade que nunca teve acesso a direitos, permitindo-lhe o uso contra-hegemônico daquele Poder para que o Estado reconheça ou ao menos se manifeste em relação às suas reivindicações. O Judiciário e o conflito podem servir como instrumentos de evolução e efetivação de direitos, principalmente os sociais e econômicos.

A tentativa de deslegitimar a luta por direitos através da difusão de uma visão negativa dos conflitos é também uma tentativa de se impedir o acesso e efetivação daqueles. O presente trabalho defende que o acesso a direitos é o acesso a sua efetivação. Este conceito

workers, ethnics, consumers, and other more generally disenfranchised citizens was an idea whose time was long overdue. The scholarship of this period called for more-democratized access to legal remedy for making law more accessible to individuals and groups traditionally denied “access to justice.” However, Cappelletti and his colleagues were aware that modernizing and stream lining legal systems often destroy what was working as popular and lay justice. The solution to what he called the “legal poverty” of our own cultures was to be found in non adversarial mechanisms in so-called primitive cultures. The underclass would have informal justice rather than prevention or class action: Aggregate solutions were never part of the picture, nor was the notion of the cumulative effect of empowering plaintiffs.

That one reviewer of Cappelletti’s effort (Dill 1981) titled his review essay “Law Reform and Social Inequality: Twentieth-Century Revolution in Civil Justice?” suggests that a change incivil justice might become revolutionary in the broadest sense; but even broader patterns of change in the character of law were yet to come as a result of clashing interests between democracy and plutocracy. Although there was concern about social justice in the 1960s and early 1970s, it is now apparent that over the period of thirty years since the 1970s, the United States moved away from a concern with justice to a concern with harmony and efficiency, from a concern with right and wrong to a concern with therapeutic treatment, from courts to ADR, from law to antilaw ideology. There was also a trend—still continuing—toward the relinquishment of government to private realms.(Note the privatization of prisons and welfare management.) Implicated in this shift was the “access to justice activists,” although the initial public thrust came from the judiciary. (NADER, 2002, p. 138-139)

não pode ser entendido como o acesso a um acordo firmado em contradição aos direitos e muitas vezes à proteção de hipossuficientes.

Buscou-se demonstrar que a forma como a conciliação é conduzida não é capaz de garantir a eficácia dos direitos humanos sociais laborais e, além do mais, é um incentivo para flexibilizar estas normas e garantir o uso do direito para fins hegemônicos. Este entendimento se confirma com, as anteriormente citadas, afirmações de Organismos internacionais e nacionais de relevo, bem como de associações de empresários sobre o uso da conciliação para fins flexibilizatórios (BANCO MUNDIAL; IPEA, 2002, p. 34; FIRJAN, 2000, p. 4-8), bem como de afirmações do próprio Judiciário nacional através de julgados¹³¹ e da forma como este consolidou o uso da conciliação. Percebe-se que, mesmo diante de uma Constituição como a de 1988 - que estabelece um Estado Democrático de Direito e de Bem-Estar Social- na prática, não se consegue fazer funcionar um modelo de proteção de direitos que leve a sério os direitos sociais laborais. Estas constatações demonstram a facilidade do uso do direito para impor os pontos de vista hegemônicos e a dificuldade da sociedade em fazer valer o que lhe é devido constitucionalmente.

A culpa seria da legislação, que permite institutos capazes de flexibilizar os direitos com a tutela do próprio Estado? Parece que não. A lei, mesmo ainda tendo base corporativista, não trata a conciliação de forma que a desse tanta importância para permiti-lo. As varas, juízes e tribunais do trabalho não têm o dever precípua estabelecido em lei de alcançar uma solução em que se o negociado esteja acima do legislado, estes têm sim um dever institucional de defender e aplicar o direito como estabelecido nas leis, nos princípios e valores do Ordenamento que tem como cerne a Constituição Federal.

Toda a permissividade que a conciliação judicial trabalhista carrega e que fez com que alcançasse a importância histórica que tem no Brasil, se manteve nos dias atuais por obra da construção doutrinária e jurisprudencial. A insistência destes em manter a conciliação como um princípio do direito material e processual do trabalho, criou fórmulas e abstrações jurídicas confusas e heterogêneas para que a renúncia e transação a direitos fosse possível na prática e o discurso de proteção pudesse ter se mantido na teoria. A lei parece ter tido a capacidade de se modificar diante de novos tempos, mas por incrível que pareça, a Justiça e a doutrina não conseguiram se separar da prática tão arraigada de tratar as questões laborais como se meramente civis fossem. A composição de litígios trabalhistas no Brasil não

¹³¹ PROCESSO Nº TST-RR-13100-51.2005.5.20.0006

consegue se separar dos vícios permitidos pela conciliação. Esta constatação se justifica no estudo anterior sobre os motivos do êxito da conciliação na Justiça do trabalho.

Por outro lado, a atividade paranormativa de instituições como a ONU, através da disseminação da ideologia do acordo, está sendo cada vez mais incorporada no discurso dos Poderes brasileiros e a prova disto são os esforços para reformar a legislação, as instituições o pensamento dos magistrados, a educação jurídica e o grande esforço do TST, a cada ano mais forte, em fortalecer a política do Projeto Conciliar é Legal¹³². Esta atividade paranormativa e as características dos esforços feitos pelo Judiciário para a disseminação de uma cultura do acordo se aproximam muito do diagnóstico de Laura Nader sobre a deslegitimação do conflito e da luta por direitos nos anos 1960-1970 nos Estados Unidos:

One might indeed conclude that as a result of the effort to repress Vietnam protesters and quell the rights movements of the 1960s, harmony became a virtue in the United States. To be more “civilized,” Americans had to abandon the adversary model. Relationships, not root causes, and interpersonal conflict resolution skills not power inequities or injustice, were, and still are, at the heart of ADR. In ADR, civil plaintiffs are perceived as “patients” needing treatment, and when the masses are perceived in this way, policy is invented not to empower the citizen but to treat the patient. There was a movement from an interest in social justice to primary concerns over harmony consensus and efficiency. The ADR movement attracted strange bed fellows businesses tired of paying outrageous lawyers’ fees, administrators, religious communities, right-wing politicians against the rights agendas, psychotherapy groups, educators, do-gooders, and even 1960s activists. The ADR movement repeated their disaffections: litigation is too costly, too time-consuming, disruptive, uncertain, wasteful, and narrowly focused. Overnight, ADR became an industry, and the movement was institutionized. The quick expansion of ADR in the United States shows the powerful intervention at the highest levels of the judiciary in promoting it (Nader 1989). But the hegemonic elements of this control are far more pervasive than the direct extension of state control. An intolerance of conflict seeped into the culture; the goal was to prevent not the causes of discord but the expression of it. By multiple means, the ADR industry attempted to create consensus, homogeneity, agreement, and conformity and to outlaw contentiousness. (NADER, 2002, p. 141)

Atualmente é o neoliberalismo e a flexibilização que insuflam a visão negativa dos conflitos e a ideologia do acordo para que a luta por direitos seja deslegitimada socialmente. A conciliação judicial trabalhista fundada nessa ideologia, priorizando a autocomposição das partes, relega os direitos humanos fundamentais ao âmbito apenas do discurso já que, na prática, a autonomia individual lhes é superior.

¹³² Toda esta tendência pode ser vista na leitura da resolução 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ. Esta resolução estabelece várias diretrizes para a disseminação da cultura dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos (ênfatizando a conciliação) e estabelece: mudanças na organização do Judiciário, criando núcleos e centros para conciliação e mediação, novos critérios de promoção de magistrados (baseado no volume de processos conciliados e na sua produção), novas atribuições para os Tribunais e o CNJ, mecanismos técnicos como portais eletrônicos, institui condições e parâmetros para a coleta de dados estatísticos, detalha um código de ética para a conciliação e mediação e grades curriculares para cursos para magistrados e servidores.

Note-se que as constituições, principalmente as que contemplam o Estado Democrático de Direito, não se contentam em apenas enunciar os direitos humanos fundamentais, elas erigem várias garantias, molda os Poderes e regula as atividades privadas em função da proteção daqueles. Como indica Sarlet, os direitos humanos são base e fundamento deste tipo de Estado (SARLET, 1998. p. 68/71) e toda a regulação estatal provém e se reporta a estes. É neste sentido que o Judiciário não pode se furtar de garantir-lhe a máxima efetividade, mesmo diante da falta de lei, devido à eficácia imediata dos direitos fundamentais, conforme o art. 5^a, LXXVIII, § 1º. Conforme enfatiza Marinoni:

O juiz é obrigado a interpretar as normas de acordo com a Constituição ou, em uma acepção mais rente ao que aqui interessa, *de acordo com os direitos fundamentais*. Essa última afirmação é decorrência imediata da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou melhor, da força jurídica objetiva desses direitos. (MARINONI, 2004, p. 21)

Como visto no Capítulo 2 os direitos fundamentais tem uma eficácia irradiante no Ordenamento e alcança não só os Poderes, mas também os particulares. Este alcance não se dá nos termos do brocardo de que tudo o que não for proibido é permitido em lei, esta concepção de cunho liberal não se coaduna com o atual estágio do direito, a eficácia irradiante preceitua que todos os atos do Estado ou de particulares devem se balizar nas diretrizes dos direitos fundamentais.

É neste sentido que o presente trabalho defende que o grande problema jurídico da conciliação no Brasil é a sua interpretação e uso em desconformidade com a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Se a sua utilização fosse ajustada no sentido de incorporar como cerne principal a garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais, talvez os direitos laborais fossem respeitados espontaneamente e o índice de litigância baixasse, pois a impossibilidade de flexibilizá-los posteriormente em juízo desestimularia o descumprimento de direitos.

As correntes, organismos e instituições que defendem a flexibilização, não podem dar o tom do tratamento dos direitos humanos pelo Judiciário, principalmente se este se dá de forma maquiada, como ocorre com a flexibilização extra-institucional. Para que a ideologia neoliberal e a flexibilização possa ser incorporada corretamente no discurso e na atividade daquele Poder seria necessário que, primeiramente, a Constituição Federal fosse modificada e que se estabelecesse uma nova ordem que garantisse a primazia do negociado sobre a defesa dos direitos fundamentais. Os resultados da ideologia neoliberal para o trabalhador, demonstrado no Capítulo 3, demonstram que, enquanto o direito do trabalho, ao menos em

tese, propõe-se a tutelar o obreiro, será difícil justificar racionalmente a constituição de uma Justiça do Trabalho que se presta à flexibilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação buscou entender o instituto da conciliação judicial trabalhista brasileira a partir da contradição em que está inserida. De um lado, a conciliação é uma atividade do Poder Judiciário e tem de lidar com a proteção dos direitos fundamentais indisponíveis e, de outro lado, aquela se configura como a única alternativa posta, em nível individual, a permitir a disponibilização destes direitos.

Buscou-se compreender esta contradição através da crise do valor do trabalho nas sociedades atuais. Crise que se reflete, no campo jurídico, na tentativa de flexibilizar os direitos laborais. O estudo também procurou entender o porquê de muitos dos direitos laborais serem considerados como direitos humanos e de terem sido fundamentalizados por várias constituições pelo mundo. O resultado destas análises foi a compreensão da essencialidade do trabalho para o ser humano, para sociedade e para as economias o que justifica a sua proteção diferenciada através da categoria dos direitos fundamentais.

O direito do trabalho surge das lutas obreiras desde o século XVIII, com o advento da Revolução Industrial e se cristalizou nos Ordenamentos Jurídicos no início do século XX, com o constitucionalismo social. A conjuntura do início do século XX com o advento do constitucionalismo social respaldado pela ascensão da ideologia keynesiana e do Estado de Bem-Estar Social consolidou a idéia dos direitos laborais como direitos humanos.

A crise do Estado de Bem-Estar Social e o declínio da ideologia de Keynes nos anos 70, mesmo diante da manutenção da vigência das constituições sociais, demonstraram que só o reconhecimento dos direitos laborais não é suficiente para a sua efetivação. Surgem movimentos importantes como o do Acesso à Justiça, visando garantir a efetivação dos direitos aos mais pobres e desprotegidos. É neste sentido que a concepção de direitos humanos se transforma e passa a ser considerada não como um fim em si mesmo, mas como instrumento para o acesso a condições de vida digna.

Ao mesmo tempo em que a dimensão da efetividade dos direitos humanos é reconhecida por alguns, o direito do trabalho sofre fortes investidas. A crise dos modelos keynesianos parece sepultar a defesa da viabilidade de uma sociedade baseada na valorização do trabalho. A transformação das tecnologias e dos modelos de produção no sentido de

poupar cada vez mais força de trabalho e a mundialização da economia e de mercados de mão-de-obra mais barata e pouco protegida também contribuíram para este sepultamento.

Diante da nova realidade estabelecida nos anos 70, os neoliberais tentaram retomar a sua hegemonia no mundo e impor as suas crenças e uma delas é a da desregulamentação dos direitos trabalhistas. A corrente mais importante ao se contrapor à ideologia welfarista, surge neste momento de crise do Estado de Bem-Estar Social. Esta corrente intitulada de institucionalista alcançou bastante influência a partir da que ficou conhecido como “abordagem econômica do direito”. Esta perspectiva busca introduzir neste preocupações e valores econômicos, no sentido de considerar que as instituições, neste caso o Judiciário, têm grande influência nas economias e em seu desenvolvimento.

A tentativa de implantar os preceitos liberais e de dismantlar a rede de proteção social e os direitos alcançados nos Estados de Bem-Estar dura até os dias atuais e não tem sido muito bem aceita pela sociedade. Ao menos no âmbito laboral, o credo neoliberal mudou a sua estratégia de flexibilizar diretamente as leis de trabalho e está lançando mão de meios para flexibilizá-los de forma indireta ou extra-institucional. A flexibilização extra-institucional encontrou no discurso do acesso à justiça um excelente meio de se liberalizar os mercados de trabalho: Os Meios Alternativos de Resolução de Disputas. Um deles em especial assume relevância no caso do Brasil: a conciliação.

A visão econômica neoliberal que os institucionalistas tentam imprimir no movimento de acesso à justiça visa moldar o direito aos seus valores de mercados. O sentido impresso às reformas pelos institucionalistas busca tratar a questão do acesso à justiça apenas em termos de eficiência econômica, celeridade e segurança jurídica. Os institucionalistas acabaram por transformar o acesso à justiça na simples harmonização de interesses privados, relegando questões de fundo como a qualidade e justiça da composição e o respeito aos valores básicos dos ordenamentos jurídicos.

A política nacional do Judiciário voltada para a conciliação, materializada na Resolução 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ, demonstra o sucesso dos institucionalistas em difundir a abordagem econômica do direito no tocante à composição de litígios. Na Resolução observa-se que o problema da Justiça brasileira é considerado apenas como o alto grau de litigiosidade que seria resolvido a partir da instrumentalização de valores relacionados à eficiência econômica. As soluções propostas nas políticas judiciais brasileiras desconsideram o cerne do problema e por isto suas soluções são incapazes de resolvê-lo.

Como se demonstrou, a lentidão do judiciário não foi o motivo para a explosão de número de casos após a Constituição de 1988, o seu principal motivo foi a concessão ampla de direitos em uma sociedade desacostumada a eles. O cerne do problema do aumento do número de demandas é o déficit de cumprimento de direitos.

Assim, defendeu-se aqui que o alto índice de demandas submetidas ao Judiciário não será resolvido através do incentivo dos meios alternativos de resolução de conflitos e tampouco com a informalização dos procedimentos visando à celeridade, como defende a Resolução 125 de 2010 do CNJ. Ao contrário do que se prega, a conciliação como o MARD mais seguro juridicamente, devido ao efeito de decisão irrecorrível que seu termo possui, será o modo mais natural para a composição de conflitos e consistirá em grande incentivo às partes para comparecer em juízo para homologar a sua vontade, visando alcançar força de sentença transitada em julgado.

O real motivo para o incentivo ao uso da conciliação para compor conflitos não é o número de processos e o congestionamento do Judiciário. A razão para a difusão dos MARDs tem raízes bem mais profundas: a difusão da ideologia do acordo em âmbito mundial e nacional visando desmobilizar as lutas da sociedade pela conquista e efetivação de direitos e tratar os conflitos sociais apenas em termos de interesses privados e não de valores socialmente caros e juridicamente impostos. O grande objetivo é fazer com que as instituições estabeleçam as condições necessárias para o florescimento da ideologia neoliberal, quais sejam: os livres mercados, a autonomia privada e a não interferência do Estado. A conciliação judicial trabalhista, nos moldes atuais, é o meio perfeito a permitir a desregulamentação das relações de trabalho e o ambiente propício para os mercados neoliberais.

A conciliação judicial trabalhista parece garantir a conveniente contradição entre o direito posto e a realidade, sem causar grandes desgastes sociais. Regendo-se por princípios corporativistas legados do Estado Novo, a conciliação garante em pleno bojo de um Estado Democrático de Direito a composição de conflitos alijada destes direitos, fundamentadas apenas na pacificação social.

O presente trabalho não se baseia em uma pesquisa empírica e sociológica sobre a realidade da conciliação judicial trabalhista (apesar de utilizar de algumas para enriquecê-lo e guardar correspondência com a realidade). A sua ambição foi demonstrar em nível de lógica jurídica que a defesa dos direitos fundamentais se encontra desfalcada ou até impossível e que os agentes de mercado se aproveitariam das inconsistências deste instituto para impor a crença

neoliberal de flexibilização dos direitos sociais laborais. Esta tese também buscou ser reforçada através de documentos, discursos e práticas dos agentes do mercado e das Instituições que lhes dão suporte, bem como através de alguns estudos esparsos sobre a questão dos MARDs, da efetividade e do acesso à justiça.

A falta de uma sistematização coerente e justificada do instituto da conciliação permite que se conclua pelo desrespeito aos direitos humanos fundamentais que lhes são submetidos. Não é que se exija que a conciliação tenha correspondência lógica com esta ou aquela categoria do Ordenamento, ou que não se admita que esta perfaça uma categoria nova. Independente destas considerações, seja a conciliação da natureza qual for ela nunca prestará as devidas garantias aos direitos humanos fundamentais, pelas seguintes razões: a) pela permissibilidade de negociação irrestrita e generalizada destes direitos, podendo-se extingui-los, inclusive quando estes já foram reconhecidos em sentença, ou quando ainda não puderem ter nem nascido (devido à permissão de quitação geral) desde que esta negociação se dê diante de um juiz; b) a atividade fiscalizadora do juiz não pode ser executada devido à orientação seguida por muitos de abrir a oportunidade de conciliação sem que ele e o reclamante conheçam os termos da contestação e os efetivos contornos da lide; c) mesmo que esta atividade seja exercida pelo juiz ela é inócua se não for demonstrada através de uma decisão fundamentada como e fundada em que razões esta fiscalização se deu.

Além dos problemas de caráter humano que a conciliação gera ao permitir a flexibilização dos direitos dos obreiros, ela também gera problemas jurídicos. Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 instituiu uma ordem pautada na defesa dos direitos fundamentais e do valor social do trabalho. O estudo sobre a abrangência e os efeitos dos direitos humanos demonstrou que a conciliação, nos moldes em que se dá no Brasil, contraria o Ordenamento jurídico ao permitir a renúncia e transação de direitos que são a base e o funcionamento de todo o Estado. Um meio de solução de litígio que se propõe a permitir que direitos fundamentais sejam descumpridos jamais poderá ser legal em um contexto de Estado Democrático de Direito, em que aqueles são sua base e fundamento. É necessário que se trate a questão da conciliação judicial trabalhista não apenas nos termos de congestionamento do Judiciário ou de arcaísmo do direito do trabalho. É necessário que a conciliação seja tratada como uma questão de respeito à Constituição, ao Estado Democrático de Direito e à pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **Passagens da Antiguidade ao Feudalismo**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

_____. Balanço do neoliberalismo. In: **Pós-neoliberalismo**. Org. SADER; Emir; GENTILI, Pablo. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

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

_____. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 8º edição. São Paulo: Editora da Unicamp, 2002.

_____. **O caracol e sua concha**: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: http://www.4shared.com/document/F41TDW-c/Aristoteles_-_Politica.htm . Acesso em: 03.05.2011

ATIENZA, Manuel. **Marx y los derechos humanos**. Madrid: Editorial Alhambra, 1983.

AVELÂS NUNES. José. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Do estado liberal à “revolução keynesiana”**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15064/13731>. Acesso em: 07.11.2011

BANCO MUNDIAL. **O Estado em um mundo de transformação**. Relatório sobre o desenvolvimento mundial. Washington, Banco Mundial, 1997.

_____. **Fazendo com que a justiça conte** – Medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil. Relatório 32789-BR. Banco Mundial, 2004.

BANCO MUNDIAL; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Relatório N° 24408-BR: Empregos no Brasil**. 2002. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/38171661185895645304/4044168-1186331278301/15EmpregosNoBrasilVol1Por.pdf> . Acesso em: 07.08.2011

BARROS, Alice Monteiro de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. In: **Revista LTr**. São Paulo: LTr, v. 61, n. 10, out. 1997.

_____. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/>. Acesso em: 02.01.2012.

BAUMAN, Zygmunt. **A liberdade**. Lisboa: Estampa, 1989.

_____. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Gedisa, 2000.

BENDASSOLLI, Pedro Fernando. **Trabalho e identidade em tempos sombrios**: insegurança ontológica na experiência atual com o trabalho. Aparecida: Idéias e Letras, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Direito civil. Recurso extraordinário. RE 201819 Rel. Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES 2ª Tur DJ 27.10.06. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+201819.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+201819.ACM S.%29&base=baseAcordaos>

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista. Nº TST-RR-106941-41.2005.5.03.0017. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. 1ª Turma. DJ 19.11.2010a Disponível em: <https://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20106941-41.2005.5.03.0017&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAKZzAAO&dataPublicacao=19/11/2010&query=autonomia%20privada%20nao%20coletiva>

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista. Nº TST-RR-59800-45.2005.5.18.0005 Rel. Min. JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA 2ª. Turma. DJ 12.11.2010b. Disponível em: <https://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2059800-45.2005.5.18.0005&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALCuAAG&dataPublicacao=12/11/2010&query=autonomia%20privada%20nao%20coletiva>

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista. Nº TST-RR - 59100-45.2004.5.06.0003 Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/11/2010c. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2059100-45.2004.5.06.0003&base=acordao&numProcInt=191402&anoProcInt=2006&dataPublicacao=19/11/2010%2007:00:00&query=>

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da macroeconomia clássica à keynesiana**. São Paulo, 1976. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=649>

CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Gráfico, 1949.

CACCIAMALI, Maria Cristina. Processo de informalidade, flexibilização das relações de trabalho e proteção social na América latina. In: **Cadernos PUC Economia**, São Paulo, jun. 2001.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Valores e os judiciários: os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. In: **Revista da AMB - Cidadania e Justiça**. Ano 7, n.13, jan-jun 2004, p.17-39.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del processo civil**. vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3ed. Niterói: Impetus, 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de; SADEK, Maria Tereza. **O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 1998.

CECATO, Maria Áurea Baroni. Direitos humanos do trabalhador: para além do paradigma da declaração de 1998 da O.I.T. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Universitária, 2007. p.351-372.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 19 ed., 2003.

DAKOLIAS, Maria. **O setor Judiciário na América Latina e no Caribe**: Elementos para reforma. Washington: International Bank for Reconstruction and Development /World Bank, Technical document no. 319, 1996. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00003439.pdf>. Acesso em: 05.12.2011.

DE LA CUEVA, Mário. **Derecho Mexicano del Trabajo**. 3a ed. México: Porrúa S.A., 1949.

_____. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**: histórias, princípios fundamentais, derecho individual y trabajos especiales. México: Ed. Porrúa, 1977.

DEDECCA, Claudio Salvador. **Trabalho, financeirização e desigualdade**. In: BRAGA, Thaiz; VIDAL, Francisco; NEVES, Laumar (orgs.). Trabalho em questão. Salvador: SEI, 2010, p. 29-42.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006a.

_____. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006b.

_____; PORTO, Lorena Vasconcelos. **O Estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo**. In DELGADO, Maurício Godinho; PORTO (Orgs.). O Estado de bem-estar social no século XXI. São Paulo: LTR, 2007, p. 19-30.

DESMARAIS, Jacques. «Les modes alternatifs de règlement des conflits du travail», in *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, avril-juin 1997, p. 409-419.

DIEESE. **O movimento grevista em 2007**, Estudos e Pesquisas. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/esp/estPesq41Greves2007.pdf>

_____. **O movimento grevista em 2004**, Estudos e Pesquisas, n. 12, outubro de 2005. Disponível em: http://www.dieese.org.br/esp/estpesq12102005_greve2004.pdf

_____. **O movimento grevista em 2005**, Estudos e Pesquisas, Ano 2 n. 20, maio de 2006a. Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAB0B8EFD6AF8/Prod03_2006.pdf

_____. **Balanço das greves no primeiro semestre de 2006**, Estudos e Pesquisas, Ano 3 n. 27, novembro de 2006b. Disponível em: http://www.dieese.org.br/esp/estpesq27_greves2006_1sem.pdf

_____. **Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/rel/rac/salminMenu09-05.xml>. Acesso em: 13.12.2011

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1995.

ENCABO, Julián González. **Perspectivas de la conciliación judicial** (su tratamiento en el proceso laboral). *Revista de Política Social*, n 68, 1965, p. 11-60.

ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *As Três Economias Políticas do Welfare State*. Lua Nova, No. 24, 1991, pp.85-116.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa, Scientia ET Labor, 1988.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Uma genealogia das teorias e modelos do Estado de bem-estar social. In DELGADO, Maurício Godinho e PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). **O Estado de Bem-Estar Social no século XXI**. São Paulo: LTR, 2007, p. 31- 87.

FERRAZ, Cristina. **Jurisdição voluntária no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2008.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969

FIRJAN - FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Proposta da Firjan para Democratização das Relações de Trabalho**. Mimeo. 2000.

FLORES, Joaquín Herrera. La complejidad de los derechos humanos. bases teóricas para una redefinición contextualizada. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 1, p. 103-135, junho/2008

GIDDENS, Anthony. **Capitalismo e moderna teoria social**. Lisboa: Presença, 2005.

GIGLIO, Wagner D. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAJALES, Luis Octavio Vado. **Concepto e Historia de la Conciliación**. México 2002. Disponível em: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/17.pdf>. Acesso em: 17.01.2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma do México, 2001.

HOBBSBAWM, Eric. **História del siglo XX**. Buenos Aires: Crítica, 1999.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

IBOPE. À prova de confiança. **Giro Ibope**, 14 ed. Ano 4. Agosto-outubro 2009. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/giroibope/14edicao/capa02.html>. Acesso em: 02.01.2012

JAVILLIER, Jean-Claude. **Manuel de droit de travail**. 4ª ed. Paris: LGDJ, 1992.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **O fim do *laissez-faire***. São Paulo: Ática, 1983, p. 106-126

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Giurisdizione volontaria e competenza: problemi del Processo Civile**. Milão: Morano, 1962.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato – exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LUKÁCS, Georg. **Para uma ontologia do ser social**. Disponível em: http://www.4shared.com/file/6udQBKre/Georg_Lukcs_-_Trabalho__Para_u.htm . Acesso em: 27.03.2011

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. **Dimensiones de la igualdad**. 9ª ed. Madrid: Dykinson, 2005.

_____. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Os contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **O que é direito social?** In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007, v. , p. 13-40.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5281>>. Acesso em: 22 .01.2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. **Salário, preço e lucro.** 1865. Disponível em: <http://www.unioeste.br/projetos/histedbropr/bibliografia.asp>

_____; HOBBSBAWM, Eric. **Formações econômicas pré-capitalistas.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. **O capital.** Vol. I, Livro I. São Paulo: Nova Cultural, 1996

_____; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

_____; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo: Boitempo, 2008.

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência.** Rio de Janeiro: Letras e Artes, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORIN, Estelle; TONELLI, Maria José; PLIOPAS, Ana Luisa Vieira. O trabalho e seus sentidos. **Psicol. Soc.**, Porto Alegre, v. 19, n. spe, 2007 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822007000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 July 2011. doi: 10.1590/S0102-71822007000400008.

NADER, Laura. **The life of the law: anthropological projects.** Los Angeles: University California Press, 2002.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1991.

NASSIF, Elaine. **Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos:** paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 2005.

NUNES, Claudio Pedrosa. **Modificações do Contrato de Trabalho e sua Reestruturação Dogmática.** Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Cristina D'arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo:** efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

OUTHWAITE. William. **Dicionário do pensamento social do século XX.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996

PASTORE, José. **O custo do Trabalho no Brasil**. 1998. Disponível em <<http://www.josepastore.com.br/artigos/emprego/002.htm>>. Acesso em: 11.12.2011.

PATTERSON, Orlando. **La libertad** – la libertad em la construcción de la cultura occidental. Santiago de Chile: Ed. Andrés Belo, 1993.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, Reforma e Economia: A Visão dos Magistrados** – Texto para Discussão 966. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf. Acesso em: 28.08.2011.

PISTORI, Gerson Lacerda. **História do direito do trabalho: um breve olhar sobre a Idade Média**. São Paulo: LTr, 2007

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização**. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. **O emprego no desenvolvimento da nação**. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **Desenvolvimento, trabalho e renda no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavaslanti. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. **Projeto BRA/05/036**. Fortalecimento da Justiça brasileira. 2003a. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/projetos/governanca/visualiza.php?id07=253>. Acesso em: 25.08.2011.

_____. **Projeto BRA 03/025**. Programa de modernização da gestão do sistema judiciário. 2003b. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/projetos/governanca/visualiza.php?id07=104>. Acesso em: 25.08.2011.

_____. **Indicador avalia nova dimensão da pobreza**. Nova York, 2010. Disponível em: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3597&lay=pde. Acesso em: 14.06.2010.

RANIERI, Jesus. **A câmara escura**. Alienação e estranhamento em Marx. São Paulo: Boitempo, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**, 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1997.

RIEZNIK, Pablo. **Las formas del trabajo y la história**. Buenos Aires: Biblos, 2007.

RODOTÀ, Stefano. La proprietà e l'impresa: introduzione. In: RODOTÀ, Stefano (org.). **Il diritto privato nella società moderna**. Bologna: Il Mulino, 1971.

ROMITA, Arion Sayão. Justiça do trabalho: produto do Estado Novo. In: **Repensando o Estado Novo**. Org.: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 94-112.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009a.

_____. Meios alternativos de resolução dos dissídios individuais. In: **Revista LTR**, São Paulo, ano 73, n.08, ago, 2009b. Disponível em: <http://www.institutocesarinojunior.org.br/textoarion2009.pdf> Acesso em: 03.12.2011.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>

SACHS, Ignacy. Em busca de novas estratégias de desenvolvimento. **Estud. av.**, São Paulo, v. 9, n. 25, Dec. 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso 23 Nov. 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

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

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Vol. 1. Os economistas. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

SORG, Letícia; ELIAS, Juliana. O mito da felicidade. **Revista época**, 2011. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EMI236742-15228,00-O+MITO+DA+FELICIDADE.html>. acesso em: 01.07.2011

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 1991, Vol. I.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de introdução e Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TOLFO, Suzana da Rosa; PICCININI, Valmíria. Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis e estudos empíricos brasileiros. **Psicol. Soc.**, Porto Alegre, v. 19, n. spe, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000400007&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 07 jul. 2011. doi: 10.1590/S0102-71822007000400007.

TRINDADE, José Damião de Lima. História social dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002.

URIARTE, Ermida Oscar. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002

URIARTE, Ermida Oscar. A flexibilização no direito do trabalho – a experiência Latino-Americana. In: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999.

VILLEY, M. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Santiago do Chile: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976.

WILENSKY, Harold L. **The Welfare State and Equality**. Structural and ideological roots of public expenditures. Berkley: University of California Press, 1975.

WILLIAMSON, John. **What Should the World Bank Think About the Washington Consensus?** World Bank Research Observer. Washington, DC: The International Bank for Reconstruction and Development, vol. 15, n. 2 (agosto 2000), p. 251-264.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANEXOS

ANEXO 1

Gráfico: Processos recebidos nas varas do trabalho, processos julgados e número de varas existentes: Brasil, 1941-2000.

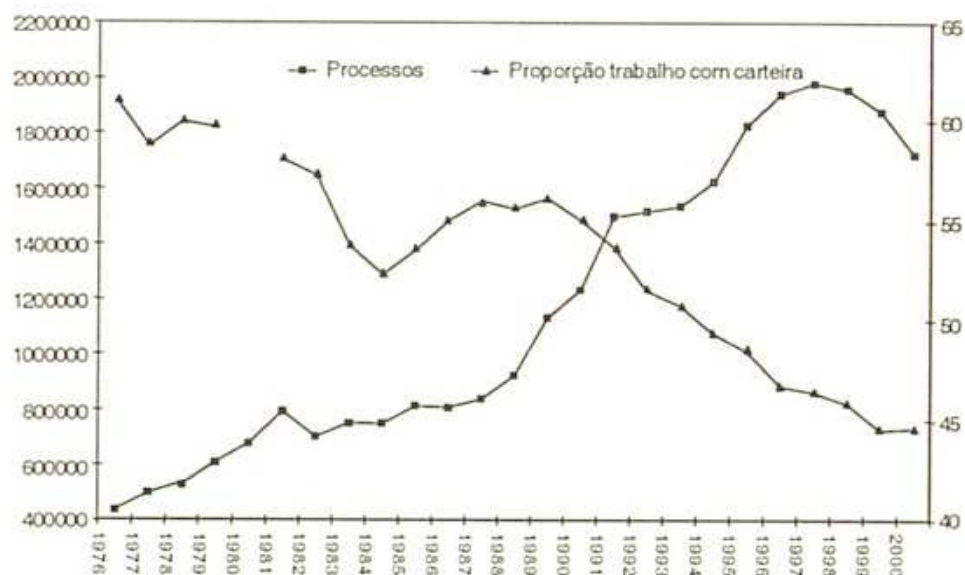


Fonte: Tribunal Superior do Trabalho (TST). Apud Cardoso 2003, p. 167.

ANEXO 2

Gráfico: Evolução da proporção, na população ocupada, de trabalhadores com carteira assinada, e do número de processos nas varas do trabalho: Brasil, 1976-2000.

1976-2000



Fonte: PNAD (1976-1982); PME (1983-2000) e TST(processos). Apud CARDOSO, 2003, p. 174.

ANEXO 3

Tabela: Pautas de reivindicação nas greves da década de 1990

Motivo das greves	1993	1994	1995	1996	1997
Remuneração	61,5	76,8	49,3	40,1	32,4
Direitos	23,7	18,6	36,8	42,2	43,0
Emprego	11,6	9,7	10,2	9,8	14,4
Participação nos lucros	n/d	n/d	9,2	17,7	15,1
Condições de trabalho	11,8	8,6	9,6	9,8	11,6
Poder sindical	5,4	8,2	7,4	2,8	4,5
Protesto contra medida do governo	6,3	2,9	4,4	0,7	3,2
Jornada de trabalho	3,4	3,3	4,5	11,5	7,6

Apud Cardoso 2003: 175. Fonte DIEESE

ANEXO 4**Tabela: Custo da mão-de-obra por hora nas manufaturas**

País	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Brasil	3.43	3.56	3.01	2.59	2.76	3.17	4.19	5.03	5.99	6.94	6.81
Polônia	2.81	2.75	3.11	3.20	3.44	3.76	4.38	4.85	6.01	7.69	6.14
Rep. Ch	2.94	2.85	3.15	3.85	4.75	5.48	6.07	6.83	8.20	10.35	9.51
Coréia Sul	7.64	8.54	7.95	9.05	9.99	11.11	13.20	15.32	16.95	14.20	12.39
EUA	18.98	19.73	20.60	21.42	22.29	22.92	23.60	23.94	25.13	25.64	26.19

OIT. Disponível em: <http://kilm.ilo.org/kilmnet/> Acesso em: 11.12.2011

ANEXO 5

Tabela: Custo da mão-de-obra por hora nas manufaturas

País	2010	País	2010
Noruega	57,53	Espanha	26,60
Suíça	53,20	Grécia	22,19
Bélgica	50,70	Nova Zelândia	20,57
Dinamarca	45,48	Israel	20,12
Suécia	43,81	Cingapura	19,10
Alemanha	43,76	Coréia do Norte	16,62
Finlândia	42,30	Argentina	12,66
Áustria	41,07	Portugal	11,72
Holanda	40,92	República Checa	11,50
Austrália	40,60	Eslováquia	10,72
França	40,55	Brasil	10,8
Irlanda	36,30	Estônia	9,47
Canadá	35,67	Hungria	8,40
Estados Unidos	34,74	Taiwan	8,36
Itália	33,41	Polônia	8,01
Japão	31,99	México	6,23
Reino Unido	29,44	Filipinas	1,90

BLS. Disponível em: <http://www.bls.gov/news.release/ichcc.t03.htm> . Acesso em: 11.12.2011

ANEXO 6

Tabela: Percentual de desemprego da PEA – população economicamente ativa

País	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Brasil	9.6	—	9.3	9.1	9.7	8.9	9.3	8.4	8.1	7.1	8.3
Polônia	12.5	16.1	18.2	19.9	19.6	19.0	17.7	13.8	9.6	7.1	8.2
Rep. Checa	8.7	8.8	8.1	7.3	7.8	8.3	7.9	7.1	5.3	4.4	6.7
Coréia do Sul	6.3	4.4	4.0	3.3	3.6	3.7	3.7	3.4	3.2	3.2	3.6
México											
EUA	4.2	4.0	4.7	5.8	6.0	5.5	5.1	4.6	4.6	5.8	9.3

OIT. Disponível em: <http://kilm.ilo.org/kilmnet/> Acesso em: 11.12.2011

ANEXO 7

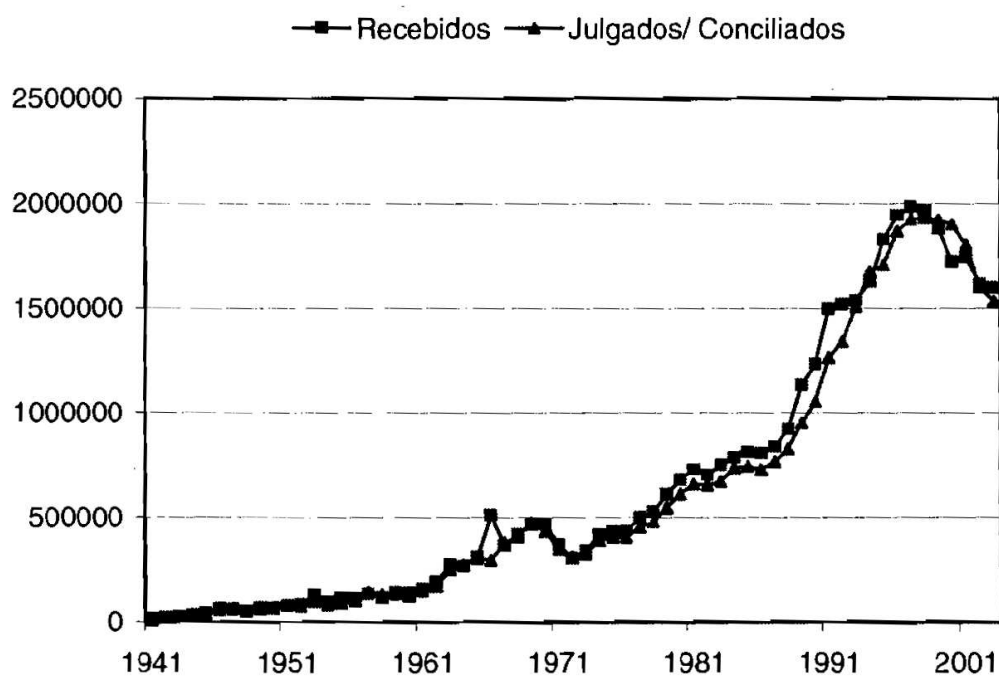
Tabela: Taxa de proteção da legislação e taxa de desemprego por país

País	Ano	Proteção	Desemprego	País	Ano	Proteção	Desemprego
FRA	1997	2,98	12.3	GBR	1997	0,60	7.1
FRA	1998	2,98	11.8	GBR	1998	0,60	6.1
FRA	1999	2,98	10.0	GBR	1999	0,60	6.0
FRA	2000	2,98	8.5	GBR	2000	0,68	5.4
FRA	2001	3,05	7.8	GBR	2001	0,68	4.9
FRA	2002	3,05	7.9	GBR	2002	0,75	5.0
FRA	2003	3,05	8.5	GBR	2003	0,75	4.8
FRA	2004	3,05	8.9	GBR	2004	0,75	4.7
FRA	2005	3,05	8.9	GBR	2005	0,75	4.6
FRA	2006	3,05	8.8	GBR	2006	0,75	5.4
FRA	2007	3,05	8.0	GBR	2007	0,75	5.3
FRA	2008	3,05	7.4	GBR	2008	0,75	5.3
País	Ano	Proteção	Desemprego	País	Ano	Proteção	Desemprego
MEX	1997	3,13	6.6	NZL	1997	0,86	6.6
MEX	1998	3,13	7.5	NZL	1998	0,86	7.5
MEX	1999	3,13	7.0	NZL	1999	0,86	7.0
MEX	2000	3,13	6.1	NZL	2000	1,47	6.1
MEX	2001	3,13	5.4	NZL	2001	1,47	5.4
MEX	2002	3,13	5.3	NZL	2002	1,47	5.3

MEX	2003	3,13	4.8	NZL	2003	1,47	4.8
MEX	2004	3,13	4.0	NZL	2004	1,47	4.0
MEX	2005	3,13	3.8	NZL	2005	1,47	3.8
MEX	2006	3,13	3.8	NZL	2006	1,47	3.8
MEX	2007	3,13	3.7	NZL	2007	1,47	3.7
MEX	2008	3,13	4.2	NZL	2008	1,40	4.2
País	Ano	Proteção	Desemprego	País	Ano	Proteção	Desemprego
KOR	1997	2,74	2.6	ESP	1997	2,93	20.6
KOR	1998	2,03	6.8	ESP	1998	2,93	18.6
KOR	1999	2,03	6.3	ESP	1999	2,93	15.6
KOR	2000	2,03	4.4	ESP	2000	2,93	13.9
KOR	2001	2,03	4.0	ESP	2001	3,05	10.6
KOR	2002	2,03	3.3	ESP	2002	3,05	11.5
KOR	2003	2,03	3.6	ESP	2003	2,98	11.5
KOR	2004	2,03	3.7	ESP	2004	2,98	11.0
KOR	2005	2,03	3.7	ESP	2005	2,98	9.2
KOR	2006	2,03	3.5	ESP	2006	2,98	8.5
KOR	2007	2,03	3.2	ESP	2007	2,98	8.3
KOR	2008	1,90	3.2	ESP	2008	2,98	11.3

Fonte: OIT. Disponível em: http://laborsta.ilo.org/default_S.html

ANEXO 8

Gráfico: Processos recebidos e de julgados/conciliados na primeira instância.

(BANCO MUNDIAL, 2004, p. 93)

ANEXO 9

**Tabela: Opção entre Garantir Cumprimento de Contratos e Busca da Justiça Social —
Ponto de Vista dos Magistrados**

Questão 8: “Na aplicação da lei, existe freqüentemente uma tensão entre contratos, precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas: A. Os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais; B. O juiz tem um papel social cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Com qual das duas posições o(a) senhor(a) concorda mais?”		
	Frequência	(%)
Concorda mais com a primeira posição (A)	146	19,7
Concorda mais com a segunda posição (B)	542	73,1
Não sabe / sem opinião	21	2,8
Não respondeu	32	4,3

(PINHEIRO, 2003, p. 27)

ANEXO 10**Jurisprudência do Superior Tribunal do Trabalho****A C Ó R D ã O****2ª Turma****GMJRP/af****RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE.**

Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas.

Recurso de revista **conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-13100-51.2005.5.20.0006**, em que é Recorrente **MINISTÉRIO**

PÚBLICO DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO e Recorrido CONSELHO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SERGIPE - COMASE.

Adoto o relatório proposto pelo eminente Ministro Relator originário do feito, conforme aprovado em sessão de julgamento, nos seguintes termos:

-O egrégio Tribunal Regional da 20ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 279/290, complementado às fls. 306/311, deu provimento parcial ao recurso ordinário do Conselho de Mediação e Arbitragem de Sergipe - Comase, restringindo a condenação de não fazer para atingir apenas as rescisões contratuais.

Inconformado, o Ministério Público do Trabalho interpõe recurso de revista às fls. 364/381. Sustenta que a lei nº 9.307/96 não pode ser aplicada aos conflitos trabalhistas. Pugna pela condenação do Conselho de Mediação e Arbitragem de Sergipe em obrigação de não fazer consistente em se abster de realizar arbitragens em dissídios individuais trabalhistas, sob pena de pagamento de multa diária. Indica violação dos artigos 5º, XXXV, 114, § 1º, da Constituição Federal, 9º, 477, §§ 1º e 2º, da CLT, 1º da Lei nº 9.307/96 e divergência jurisprudencial.

O apelo foi admitido às fls. 364/381.

Contrarrazões apresentadas pelo réu às fls. 390/400.

Desnecessária a remessa dos autos ao d. Parquet, na forma regimental.

É o relatório-.

V O T O

**ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS
TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE**

I - CONHECIMENTO

Adoto, como razões de decidir, os fundamentos constantes do voto proposto pelo eminente Ministro Relator originário do feito, conforme aprovado em sessão de julgamento, quanto ao conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial,

nos seguintes termos:

-O egrégio Tribunal Regional da 20ª Região, mediante o acórdão de fls. 279-290, complementado às fls. 306-311, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo Conselho de Mediação e Arbitragem de Sergipe - Comase para restringir a condenação de não fazer às rescisões contratuais.

Conforme relatado, a egrégia Corte Regional, nesse particular, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo Conselho de Mediação e Arbitragem de Sergipe - Comase, para restringir a condenação de não fazer às rescisões contratuais.

O Regional adotou o seguinte entendimento:

-Trata-se de ação civil pública aforada com vistas a impor ao demandado obrigação de não fazer - abster-se de exercer as atividades específicas para as quais foi instituído e em relação a dissídios individuais envolvendo de um lado empregador e de outro trabalhador, tudo com base na resistência do ora recorrente em firmar Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, nos autos do Procedimento Preparatório 00097/2004 e Inquérito Civil 00018/2005, tendo por origem denúncia de que as empresas sergipanas estariam coagindo seus empregados a receberem os créditos rescisórios em procedimentos arbitrados pelo Conselho/recorrente.

Examinando a pretensão, o Juízo originário acolheu as razões autorais firmando-se na impossibilidade jurídica da arbitragem envolvendo questões de natureza trabalhista, amparando-se no artigo 1º, da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe serem passíveis de arbitragem os direitos disponíveis, enquanto que os direitos dos trabalhadores são por natureza indisponíveis, baseando-se no rol exposto no artigo 7º, da Constituição Federal que, com suporte no inciso IV, do artigo 60, foi elevado a cláusula pétrea, situação impeditiva do reconhecimento da arbitragem como método compositivo trabalhista individual, sob pena de malferimento às garantias constitucionais expressas nos referidos artigos.

(...)

Razão em parte assiste ao recorrente.

Não se pode impedir pessoas capazes de contratar de não realizar acordos envolvendo direitos decorrentes desse contrato que as mesmas, por lei, podem firmar, ainda que se tenha em mira os direitos do trabalho em tese irrenunciáveis em face do princípio da desigualdade de partes na relação contratual diante da regra da superioridade econômica do empregador, situação não impeditiva de sua ocorrência de forma tácita ou até expressa, embora neste caso, à exclusão da sentença homologatória da renúncia, embora o documento não adquira força exoneratória do devedor, mas somente quanto àqueles direitos expressamente determinados por lei constitucional ou infraconstitucional de conteúdo inderrogável e, por consequência, em tese, não passíveis de transação ou renúncia, como é o caso previsto no inciso XIII, do artigo 7º, da Constituição da República, que trata da jornada de trabalho, quando se sabe que tal limite é usualmente desrespeitado no território nacional, sem qualquer regra coletiva a apurar a modificação e cuja reparação somente se dá em percentual ínfimo, operando-se a renúncia tácita, assim como nos casos em que o trabalhador busca o Poder Judiciário para dirimir a contenda acerca do tema, operada a conciliação a renúncia ao direito também ocorre.

Tem-se assim que somente alguns dos direitos previstos no ordenamento jurídico nacional têm a característica da inderrogabilidade, indeclinabilidade, irrenunciabilidade que impedem pactuação diversa ou a atuação de terceiro na solução do conflito e, mesmo assim, podem ser objeto de conciliação na Justiça do Trabalho, mesmo porque, de acordo com a doutrina, da qual colho os ensinamentos de Rodolfo Pamplona Filho, in Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista, publicado no www.jus.uol.com.br/doutrina/:

'Ora, em função do Princípio tradicional da Irrenunciabilidade de Direitos, há quem entenda que o Juízo Arbitral seria totalmente inaplicável às relações individuais de trabalho, o que tem encontrado respaldo nos setores mais conservadores da doutrina e jurisprudência.

Todavia, os tempos parecem estar mudando no horizonte, pois, pouco a pouco, a flexibilização dos

direitos trabalhistas no plano individual, ainda que com a assistência das entidades sindicais, parece estar ganhando cada vez mais corpo.

Além das previsões constitucionais do art. 7º, incisos VI, XIII e XIV (flexibilização de direitos trabalhistas com base na negociação coletiva), a política do atual Governo federal, com envio de projetos de reestruturação da legislação laboral, também infere que grandes transformações estão por vir, com o incentivo, cada vez maior, de formas de solução extrajudicial de conflitos, entre as quais a arbitragem se destaca .

Ademais, talvez já seja a hora de assumir, sem hipocrisias, que os direitos trabalhistas talvez não sejam tão irrenunciáveis assim, mas a própria possibilidade da conciliação judicial por valores menores do que o efetivamente devido já demonstra a real disponibilidade na prática (e com a chancela judicial!).

(...)

Ademais, vale destacar que a possibilidade do reconhecimento judicial da nulidade da sentença arbitral já demonstra que, de forma alguma, o Poder Judiciário será afastado de suas prerrogativas constitucionais.'

Como visto, a atuação da atividade arbitral ou das cortes arbitrais não encontra vedação quando em discussão direitos individuais trabalhistas envolvendo trabalhador capaz de contratar, mesmo porque referidos direitos quando em Juízo são alvo de obrigatória submissão à vontade das partes através do instituto da conciliação e que indiscutivelmente envolve parcela de renúncia, quer quanto ao direito propriamente dito, quer quanto ao seu valor econômico.

De outro lado, também não se verifica patente a renúncia de direito sinalizada na peça introdutória, quer em relação ao instituto da arbitragem, em geral, quer em relação à questão nestes autos debatida, mesmo porque os fatos que deram azo à instauração do procedimento preparatório indicados na peça de ingresso - coação empresarial para percepção dos haveres rescisórios no tribunal arbitral, não foram objeto de confirmação, assim como o elemento desencadeador da instauração do inquérito civil

público e da propositura da presente ação situaram-se na resistência da ora recorrente em assinar o termo de compromisso renunciando à arbitragem de direitos trabalhistas individuais.

Neste passo e, em especial considerando a imensa gama de direitos trabalhistas individuais disponíveis, a previsão legal de remessa ao Poder Judiciário competente da questão prejudicial acerca da natureza do direito em discussão, que não se vê de suas prerrogativas constitucionais, podendo decretar a nulidade da sentença quando violados os preceitos e princípios protetores porventura malferidos, tem-se que o procedimento arbitral é perfeitamente aceitável para dirimir litígios individuais, não podendo, todavia substituir os órgãos a quem competem a assistência ao trabalhador na rescisão contratual, conforme expresso em lei - artigo 477, §§ 1º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, in litteris:

(...)

Assim, não pode ser incluída no rol dos direitos passíveis de arbitragem, a rescisão contratual e sua homologação, porque contrária a expressa previsão legal e, neste é o sentido da jurisprudência que já se manifestou acerca da matéria:

(...)

Com suporte nos argumentos antes expendidos, concluo que não fere o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, sequer o princípio da inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário a atuação arbitral nos conflitos individuais trabalhistas e, por conseguinte, não se faz possível a vedação judicial do procedimento conforme pretende o Ministério Público do Trabalho. No entanto, considerando que tal atividade não pode ser exercida para fins homologatórios de rescisão contratual, dou parcial provimento ao recurso para limitar a obrigação de não arbitrar em rescisões contratuais em que é exigida a homologação por um dos órgãos legalmente previstos, mantendo-a também quanto a cominação da pena.

Isto posto, conheço do recurso, rejeito as preliminares e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para limitar a condenação da obrigação de não fazer às rescisões contratuais, mantendo a sentença nos demais

aspectos.- (fls. 283-290 - grifou-se).

O Ministério Público do Trabalho interpõe recurso de revista às fls. 364-381. Sustenta que a Lei nº 9.307/96 não pode ser aplicada aos conflitos trabalhistas. Pugna pela condenação do Conselho de Mediação e Arbitragem de Sergipe em obrigação de não fazer consistente em se abster de realizar arbitragens em dissídios individuais trabalhistas, sob pena de pagamento de multa diária. Indica violação dos artigos 5º, inciso XXXV, e 114, § 1º, da Constituição Federal, 9º, 477, §§ 1º e 2º, da CLT e 1º da Lei nº 9.307/96 e divergência jurisprudencial.

No caso em exame, o Tribunal de origem entendeu que -não fere o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, sequer o princípio da inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário a atuação arbitral nos conflitos individuais trabalhistas e, por conseguinte, não se faz possível a vedação judicial do procedimento conforme pretende o Ministério Público do Trabalho- (fl. 290).

Já os arestos colacionados pelo recorrente às fls. 372 e 373 veiculam tese antagônica, no sentido de que a adoção da arbitragem como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas não é admitida, em face da indisponibilidade dos direitos em questão.

Conheço do recurso por divergência jurisprudencial-.

II - MÉRITO

ARBITRAGEM.	DISSÍDIOS	INDIVIDUAIS
TRABALHISTAS.	POSSIBILIDADE	

A polêmica sempre se impõe quando se cogita da aplicação do instituto da arbitragem nos dissídios individuais, como ocorre no caso dos autos.

O artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal dispõe:

-Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(-)

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem,

é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.-

A Lei nº 9.307/96, que traça diretrizes para a arbitragem, é bem clara no sentido de limitar o seu campo de atuação aos direitos patrimoniais disponíveis.

Assim dispõe em seu artigo 1º:

-Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.-

Não há dúvida de que, na esfera coletiva, a arbitragem não só é autorizada, como incentivada, justamente, por causa da relativa equalização das partes negociadoras. A autonomia privada coletiva pressupõe certa igualdade entre a empresa, que é um ente coletivo por natureza, e a entidade sindical.

Por outro lado, a Lei nº 9.307/96 é bem clara quando limita o seu campo de atuação aos direitos patrimoniais disponíveis, que não abrangem os direitos personalíssimos.

Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário.

Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos.

No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas

relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador.

Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada.

Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador.

As relações de trabalho, por exemplo, não são livremente pactuadas quando contravenham as disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Muito diferente é transacionar e conciliar na esfera judicial e submeter-se à arbitragem na forma prevista pelo artigo 1º Lei nº 9.307/96.

É difícil admitir a possibilidade do comparecimento de um empregado, isoladamente, a uma entidade privada, que não vai observar o devido processo legal, o contraditório e o direito de defesa.

A Constituição Federal, sabe-se, permite o debate sobre a possibilidade de transação, ou mesmo a disponibilidade de alguns direitos trabalhistas, como é o caso da fixação do salário e da jornada de trabalho, flexibilizados mediante acordo ou convenção coletiva.

Desse modo, não se está a desprezar a conciliação judicial com todas as garantias e com todos os cuidados que, certamente, todo juiz observa. Mas se indaga, a propósito, no caso da arbitragem, como o empregado, que pode comparecer à audiência desacompanhado do advogado, vai demonstrar eventual vício de consentimento?

Nessa hipótese, a prova de vício de consentimento é impossível de caracterização, pois as entidades privadas não permitem sequer que as audiências sejam filmadas com a justificativa de que

são entidades privadas, ao contrário das audiências públicas.

Assim, *a priori*, a tese da viabilidade da arbitragem nos dissídios individuais pode ser interessante, mas, na prática, desconsideram as dificuldades naturais que o empregado, isoladamente, vai enfrentar.

Não se está afirmando que toda e qualquer negociação feita no seu âmbito será, necessariamente, distorcida, mas o perigo existe.

Há o perigo sim, de o instituto da arbitragem ser usado em dissídios individuais para inserir novas regras trabalhistas na relação de emprego, desviando-se de entendimentos sedimentados da Justiça do Trabalho.

Efetivamente, são inimagináveis os prejuízos que poderão assolar o trabalhador ante o perigo de se flexibilizar as normas trabalhistas, pois a arbitragem é realizada por intermédio de regras de direito livremente escolhidas pelas partes.

Não se pode deixar de registrar que a notória morosidade da prestação jurisdicional aos jurisdicionados, em face da sobrecarga desta Justiça especializada, provoca inquietude para implementação de meios alternativos de solução de litígios, individuais e coletivos, como a arbitragem.

Todavia, a aplicação da arbitragem, nessa Justiça especializada, não pode estar fundamentada na aludida morosidade, sob pena de ser implementada em uma falha. No particular, outros mecanismos legais podem ser criados e adotados, a exemplo do procedimento sumaríssimo.

Portanto, tem-se que a arbitragem não é aconselhável quando se pretende a solução de conflitos individuais de trabalho.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

-EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. CLÁUSULA ARBITRAL - VALIDADE. A r. decisão turmária embargada conheceu do recurso de revista do reclamante por contrariedade à Súmula-TST-207 e ofensa ao art. 651 da CLT

e devolveu os autos ao Juízo de primeiro grau para enfrentamento do mérito, tendo em vista a nulidade da cláusula arbitral que submete à legislação de estado estrangeiro a atividade do reclamante contratada e desenvolvida em território brasileiro. O recurso de embargos da reclamada, como aparelhado, não alcança conhecimento. De logo mostra-se incabível a alegada contrariedade à Súmula 221, II, do TST, haja vista a diretriz desta e. Subseção, no sentido de que não cabe recurso de embargos alicerçado em denúncia de contrariedade a Súmula de natureza processual, uma vez que, em face da nova redação do artigo 894, II, da CLT, a e. SDI passou a desempenhar função uniformizadora e não mais de revisão das decisões de Turmas. Já os arestos colacionados também não autorizam o conhecimento do recurso por divergência jurisprudencial, nos moldes da Súmula 296, I, do TST, na medida em que ou se limitam a esgrimir tese acerca da validade do juízo arbitral para a solução de conflitos trabalhistas ou sobre a inviabilidade do recurso de revista por interpretação razoável de lei, em face da Súmula 221 do TST, não atacando, em ambos os casos, o fundamento da v. decisão embargada, qual seja, a de ser inválida a arbitragem porque excludente da participação do Poder Judiciário Brasileiro, autorizando a solução da controvérsia pelo Estado e legislação estrangeiros, o que tipifica violação do art. 651 da CLT e contrariedade à Súmula 207 do TST. Por fim, a v. decisão embargada, ao concluir ser inválida a cláusula de arbitragem em acordo celebrado no Estado estrangeiro, decidiu em consonância com a Súmula 207 do TST. Recurso de embargos não conhecido- (E-RR-282000-61.2001.5.02.0033, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 10/03/2011).

-ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO1. A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. 2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento- (E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 19/03/2010).

-RECURSO DE REVISTA. SENTENÇA ARBITRAL - DISSÍDIO INDIVIDUAL DO TRABALHO - INCOMPATIBILIDADE. A aplicação do instituto da arbitragem no direito do trabalho esbarra em princípios

constitucionais fundamentais, em face da peculiaridade da relação contratual envolvida no debate. Ademais a Carta Constitucional (§ 1º do art. 114) limita a arbitragem aos dissídios coletivos. Na hipótese dos autos, sequer havia conflito limitando-se a arbitragem a ratificar o pedido de omissão do contrato de trabalho. Recurso de revista não conhecido- (RR - 117600-08.2004.5.04.0732, 2ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 24/02/2011).

"JUÍZO ARBITRAL. DISSÍDIO INDIVIDUAL. DESCABIMENTO. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, em que, como corolário da assimetria dos sujeitos envolvidos, o princípio tuitivo atua na criação de desigualdade jurídica compensatória, imantando os direitos decorrentes da relação de emprego com os atributos da irrenunciabilidade e da indisponibilidade, não se afigura viável a utilização de arbitragem, método de heterocomposição que, à luz do art. 1º da Lei 9.307/96, só pode ser utilizado -para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Revista conhecida e provida, no ponto" (RR-223340-71.2001.5.05.0007, Ac. 3ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DEJT 11/9/2009).

"RECURSO DE REVISTA. COISA JULGADA. INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COM O DIREITO DO TRABALHO. INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS E PRINCÍPIO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. No direito do trabalho não há como se entender compatível a arbitragem, pela inserção no contrato de trabalho da cláusula compromissória, ou pelo compromisso arbitral posterior ao fim da relação contratual, com o fim de solucionar o conflito decorrente da relação de emprego, visto que a essência do instituto é a disponibilidade dos direitos que as partes pretendem submeter, conforme art. 1º da Lei da Arbitragem. Ainda que se recepcione, em diversos ramos do direito, a arbitragem como solução de conflitos que acaba por desafogar o judiciário, é preciso enfrentar que o ato de vontade do empregado não é concreto na sua plenitude, no momento da admissão na empresa, em face da subordinação ínsita ao contrato de trabalho e à hipossuficiência do empregado, a inviabilizar que se reconheça validade à sentença arbitral como óbice ao ajuizamento de ação trabalhista, porque incompatível com os princípios que regem o direito do trabalho. Isso porque à irrenunciabilidade e à indisponibilidade está adstrita ao conteúdo do contrato de trabalho em razão do princípio fundamental a ser protegido, -o trabalho-, e as parcelas de natureza alimentar dele decorrentes, por consequência. Para submeter o conflito trabalhista ao juízo arbitral necessário seria relevar todos os princípios que regem esse ramo do direito, em especial a hipossuficiência, presumida em face da relação contratual em que se coloca o empregado, como a parte mais fraca, a indisponibilidade das verbas decorrentes do trabalho, a sua natureza alimentar e, em especial, a impossibilidade da manifestação volitiva plena, própria do processo arbitral. Recurso de revista conhecido e provido para

afastar a coisa julgada e determinar o retorno dos autos ao eg. TRT para o julgamento da pretensão, como entender de direito" (RR-225300-85.2003.5.05.0009, Ac. 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 15/5/2009).

-RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1. Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exsurto a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos - inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora. 4. A Lei n.º 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir 'litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis' (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 6. A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.- (Processo: RR - 795/2006-028-05-00.8 Data de Julgamento: 25/03/2009, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 29/05/2009).

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso de revista para restabelecer a sentença de primeiro grau.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau. Vencido o Ex.^{mo} Sr. Ministro Guilherme Augusto

Caputo Bastos, Relator.

Brasília, 10 de agosto de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Redator Designado

fls.

PROCESSO Nº TST-RR-13100-51.2005.5.20.0006

Firmado por assinatura digital em 01/09/2011 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

(Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2013100-51.2005.5.20.0006&base=acordao>)