

ESTUDO MULTIDISCIPLINAR

AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E INTERVENÇÃO ESTATAL

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI(*)

"...o Direito não poderá deixar de ser compreendido senão como realidade histórico-cultural, de tal sorte que não será exagero proclamar-se, marcando bem a posição de nossa disciplina: pontes e arranha-céus podem construí-los engenheiros de todas as procedências; mas o Direito só o poderá interpretar e realizar com autenticidade quem se integrar na peculiaridade de nossas circunstâncias."

"Ninguém mais do que o jurista experimenta essa antinomia, esse contraste entre o amor do fato contingente, a paixão do singularmente individualizado, e o amor pelas formas gerais de conduta, pelos esquemas normativos em que resplende o sentido lógico da ordem. É nessa tensão, porém, entre o abstrato e o concreto, nesse pulsar entre ser e dever ser que reside toda a dramaticidade do Direito."

Miguel Reale

"Horizontes do Direito e da História"

Sumário: 1. Definindo o tema; 2. Desfazendo mitos; 3. Deslocamento do eixo; 4. Os novos parâmetros; 5. As novas instituições; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. DEFININDO O TEMA — QUANDO A EQUAÇÃO NÃO FECHA

Quem atua na área jurídica presencia freqüentemente discursos inflamados contra o "neoliberalismo", atribuindo-lhe amplos poderes, como

(*) Juíza Titular da 5ª Vara do Trabalho de Campinas. Doutoranda em direito do trabalho — USP-SP.

se detivesse uma força conspiratória mundial, especializada em destruir os ordenamentos legais dos Estados em desenvolvimento. Sintomaticamente, tais idéias atingem maior receptividade quanto mais rígido o ordenamento jurídico em vigor e quanto maior o percentual de informalidade, dos que estão *excluídos do sistema*, o que suscita a seguinte dúvida: Se a rigidez do ordenamento jurídico é defendida como garantia dos mais fracos, porque *provoca exatamente o contrário*, empurrando os trabalhadores para fora do sistema protetivo, fato que se reveste de suma gravidade pois *não há flexibilização mais perversa do que a informalidade*, que sonega o direito básico de personalidade, consistente na identificação do indivíduo como trabalhador.

Se o raciocínio lógico está tão perfeito, porque a vida insiste em contradizê-lo, apresentando no dia a dia uma realidade cada vez mais descolada desse discurso bem articulado?

Na abertura do Congresso Internacional de Direito Processual em Firenze (Itália), em 1950, *Piero Calamandrei* já alertava para o "divorzio tra la scienza del processo e gli scopi pratici della giustizia" ressaltando a necessidade de subordinar as "construções sistemáticas abstratas" a serviço da Justiça.

Penso que o debate já se encontra suficientemente amadurecido no sentido de que está na hora do discurso se adequar a realidade e não o contrário pois, afinal, Direito é vida, nasce do Ubi societas, ibi jus. Por isso, quando produzido sem paixão, sem dialética, sem o embate de forças divergentes, como produto antisséptico do laboratório in vitro dos gabinetes refrigerados perde sua legitimidade, sua eficácia.

A questão se torna ainda mais grave quando se observa como funciona o processo legislativo em parlamentos como o brasileiro, em que a peculiaridade de constituição de um sistema federativo artificialmente engendrado leva os parlamentares a defender os interesses de seus redutos eleitorais setorializados, sem ter em mente a dimensão nacional das questões envolvidas, via de regra decidindo pela aprovação ou rejeição de um texto legal mais por acordo de lideranças, do que como produto de discussão. Assim, são atendidos determinados grupos privilegiados ou regiões com maior poder de pressão política, sem se atentar para os prejuízos trazidos aos interesses da nação como um todo, violando direitos legítimos de outros grupos, que não tem poder econômico nem político para se fazer ouvir. O sistema cria assim uma plêiade de leis, num cipoal confuso, muitas vezes *propositadamente contraditório*, porque visa muito mais *garantir um espaço de influência* para o "protetor" do que resguardar os interesses do hipossuficiente "protegido", revelando-se completamente incapaz de regular a situação fática que se apresenta e gerando insatisfação social de grande monta, *porque a norma só confere condições de decidibilidade quando em consonância com a realidade.*

Acrescente-se a isso a situação peculiar que estamos vivendo, em que a mudança da realidade fática vem ocorrendo com rapidez acentuada, e constataremos que o dissenso entre a lei e a realidade é muito maior.

Ora, a legitimidade da norma decorre do consenso geral que reconhece a sua eficácia, e a ela confere prevalência, de modo que não é preciso pensar muito para constatar a amplitude da crise que enfrentamos.

2. DESFAZENDO MITOS

Certas frases, exaustivamente repetidas, passam a ser consideradas verdades absolutas e premissas para elaboração de raciocínios que, todavia, são inequivocamente incorretos. Destarte, para que se possa chegar a um diagnóstico mais preciso, é necessário desfazer alguns mitos:

A) Nosso modelo nasceu intervencionista/legalista

Em face da sua dimensão continental, de grandes proporções, o Brasil sempre evidenciou grande heterogeneidade de suas regiões quanto ao clima, cultura e *modus vivendi*. Assim, ao lado de uma vida "oficial" regulamentada pelas Ordenações do Reino e, depois, pela codificação inspirada no Código Napoleônico e no sistema alemão, sempre existiu um outro Brasil, em que as regras de comportamento se fixavam à margem do Estado, não só nas regiões rurais ou no sertão mas, também, numa vasta rede de relações urbanas entre os que não integravam a classe dirigente nem conseguiam participar da Corte na época do vice-reinado. Não é por acaso que só tivemos um Código Civil após a promulgação dos Códigos Comercial e Penal, sendo que a Consolidação das Leis Trabalhistas só ocorreu quase na metade do século XX, apesar das relações obrigacionais trabalhistas terem se intensificado após a abolição da escravatura, de modo que uma estrutura "oficiosa" sempre tangenciou a estrutura oficial, e a *normatividade autônoma com observância das regras estabelecidas pelas próprias partes sempre fez parte da nossa cultura*.

B) O desenho de um estado mínimo decorre do modelo neoliberal

As teorias *socialistas* que surgiram no século XIX já enfatizavam a *desnecessidade* da existência de um Estado politicamente organizado. Marx via o Estado como um ente a serviço da classe dominante e, por isso, o desenvolvimento de uma sociedade comunista levaria a sua superação. Antonio Gramsci mais de uma vez se insurgiu contra sua estrutura "enormemente burocrática", que minava os espaços da sociedade civil, porque construía "redes de proteção" que mais garantiam espaço político aos setores dominantes do que protegiam o hipossuficiente, numa assertiva profética do que viria ocorrer no final do século XX. Com efeito, se daqui a cem anos alguém vier a consultar nossa legislação, terá dificuldade em aceitar que vivemos uma realidade de enfraquecimento dos desfavorecidos, tal o arcabouço teórico de que são titulares *em tese*.

Assim, não é verdade que a diminuição do Estado se constitua em bandeira de uma determinada e específica corrente ideológica.

A idéia de um estado de grandes proporções atende mais aos regimes totalitários de esquerda ou direita e representa a interface de um povo

amorfo, sem discernimento, que se guia pela mão “ generosa” do protetor e dá em troca sua vontade e sua liberdade de pensar e agir. É preciso voltar a valorizar este povo para que seja devidamente educado e esclarecido, deixe de ser massa e *se transforme numa sociedade civil, notadamente quando se fala em direito do trabalho cuja gênese se deu no seio dos movimentos populares.*

É característico do estado totalitário coibir com firmeza o exercício da liberdade consubstanciada no direito de associação, base de formação dos corpos intermediários que atuam entre o Estado e o indivíduo. Não é por acaso que a Lei Le Chapelier foi editada em 1791, quando teve início na França a nova era do Absolutismo.

Em “Liberdade e Igualdade” *Norberto Bobbio* destaca que ambas constituem valores fundamentais “bens indivisíveis e solidários entre si”, ressaltando que a Constituição italiana reconhece como “*tarefa da República* remover os obstáculos da ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”, ressaltando a ênfase quanto ao reconhecimento da autodeterminação normativa dos corpos intermediários. Assim sendo, a autonomia coletiva não se constitui em antítese do princípio protetivo mas, em forma de efetivá-lo, ante as mudanças fáticas que apontam para a necessidade de resgatar o valor da liberdade e da igualdade como bens jurídicos a serem igualmente protegidos.

Por outro lado, é peculiar a uma sociedade de informações como a que estamos vivendo ser hostil a uma cultura de autoritarismo, porque este impede o seu desenvolvimento, de modo que não se trata de uma simples questão ideológica. O momento histórico, social, econômico e cultural é completamente diferente daquele que levou a explosão do nacionalismo e a constituição dos Estados soberanos, o que torna absolutamente inviável e insustentável a idéia de um Estado de grandes proporções, que eclodiu naquela época.

C) A controvérsia entre intervenção estatal e autonomia é novidade

A controvérsia não é nova e passou por várias evoluções cíclicas. *Kant* chegou a perfeição com seu modelo racional ao identificar Direito e coerção, conceito posteriormente aperfeiçoado por *Hans Kelsen*, que fortificou a posição monista ao considerar o estado como única fonte de Direito, lançando as bases jurídicas do positivismo.

Entretanto, não considerou que manifestações de Direito surgem em todos os estratos sociais no espaço e no tempo e, se uma dessas manifestações é agasalhada pelo Estado como ato coativo tal não esgota, entretanto, a complexidade do fenômeno jurídico, como equivocadamente entendeu o positivismo. A força não é elemento constitutivo do Direito mas uma exigência incidental para a sua efetivação. Quanto mais desenvolvidas as relações sociais menor a necessidade de uso da força.

Miguel Reale já enfatizava que *não é* essencial nem inerente ao conceito de Direito que ele seja criado pelo Estado. Ante as alterações atuais o Estado *não detém mais* o monopólio das regras do dever-ser, o que torna insustentável a visão marcada pela "onipotência legislativa" pois o ordenamento positivado *não detém* a completude que apregoa. Como já enfatizava *Gramsci* em *Cadernos do Cárcere* é necessário o reconhecimento da existência de vários pólos de poder, evitando que a burocracia estatal sufoque a sociedade civil, o que implica no reconhecimento da *atuação normativa* dos corpos intermediários.

D) Direito é coerção

Embora muitas civilizações tenham atingido na Antigüidade alto grau de desenvolvimento técnico, cultural e científico o Direito, como o conhecemos hoje, só nasceu no seio da civilização romana, portadora de certas peculiaridades, notadamente quanto ao comportamento em relação ao estrangeiro. Com efeito, enquanto outros povos escravizavam os vencidos e os obrigavam a abandonar sua cultura, suas instituições e o conjunto normativo que regulava suas relações sociais, os romanos tiveram genialidade suficiente para reconhecer-lhes validade bem como a necessidade de sua aplicação pelo *praetor peregrinus* que, atento a diversidade da realidade, procurava dirimir os conflitos sociais indagando-lhes *Sub qua legis vives?*, legitimando a normatividade autônoma dos povos dominados.

Destarte, revelaram notável perspicácia quanto ao sentido do *princípio da alteridade*, o que possibilitou a criação do *ius gentium* e um valioso acervo de interpretação e doutrina, que viriam integrar posteriormente o *Corpus Juris Civilis Justinianeu*, demonstrando que a *gênese do Direito é plural*, ou seja, este nasce como um momento de equilíbrio resultante da dialética entre os contrários, de modo que a sua redução a uma idéia unívoca e uniforme representa a anátese que o esclerosa, como estamos constatando na realidade dos dias de hoje.

As normas trabalhistas estatais surgiram para regulamentar o sistema de produção industrial fordista/taylorista, baseado na divisão entre concepção e execução que mereceu críticas ferrenhas do marxismo por reduzir o trabalhador braçal a *res*, impedido de pensar e participar do processo criativo da concepção, treinado para passar a vida inteira no mesmo local, apertando parafusos do mesmo jeito, sob o mesmo ritmo, até chegar a hora da aposentadoria.

Tal viés centralizador também se espraiava em outros setores da sociedade, evidenciado pela valorização dos Estados soberanos, defensores do território que concentrava a geração de riquezas físicas produzidas pela terra. Ante tal panorama, não é difícil entender a diretriz dogmática, nascida da racionalidade valorizada por *Kant* e aperfeiçoada por *Kelsen*, no sentido de *identificar* o Direito com o que é posto pelo Estado e *traduzir* o Direito por coerção, conceito que encontrou receptividade também na seara trabalhista, ao reconhecer a norma positivada como o direito por excelência.

Entretanto, o desenvolvimento tecnológico rapidamente tornou obsoleta a velha linha de montagem, revelando a necessidade de unir a fase de concepção à de execução e, conseqüentemente, exigindo um trabalhador dotado de maior capacidade de pensar e criar, encontrando enorme dificuldade para suprir tal necessidade ante um imenso contingente que só sabia obedecer e executar o que lhe era mandado. A nova realidade levou nossas escolas a descobrirem que era necessário substituir o "treinamento" pela instrução, a fim de possibilitar a formação de indivíduos dotados de capacidade de crítica e participação no processo decisório.

A este novo trabalhador se torna impossível a aplicação do conceito consubstanciado no artigo 442 da CLT, que restritivamente traduz a relação de trabalho sob o *único* modelo de relação de emprego, bem como incabível a aplicação dos antigos parâmetros que balizavam a subordinação e o *jus variandi*, sob o vértice da coerção.

Daí a necessidade de abrir espaço para o exercício da autonomia, que na área trabalhista se legitima pelo viés coletivo, exercido pelos sindicatos, para que os parceiros sociais possam participar ativamente dessa evolução, abrindo mão das antigas idéias e velhos conceitos em relação aos quais, parafraseando o Hamlet de Shakespeare, "a quebra honraria muito mais do que a observância". Com efeito, mesmo para os que definem o Direito como balizador das obrigações, o que constitui a sua essência é a fixação dos limites de exercício da *liberdade* e não a coerção pois, como já delineava *Hegel* "está na consciência de todos que Direito é Direito, ainda mesmo quando o exercício da força para a sua efetivação não seja possível". Neste sentido, a norma perde a validade e eficácia quando perde a capacidade de atuar como motivo determinante da vontade pela convicção do acerto de sua diretriz. Quando esta deixa de existir e se pretende garantir a efetivação da norma apenas através dos meios coativos estatais não há força ou coerção que segure o comportamento, como revela a realidade de nossos dias.

Não é por acaso que a grande dificuldade processual surge no momento de execução de uma decisão. A atuação da força, dissociada do consenso, leva a resistência.

O ordenamento jurídico estatal não se sustenta quando se restringem os espaços de atuação dos corpos intermediários, eficazes formadores de níveis de consenso, notadamente em se tratando de Direito Trabalhista que, por ter nascido dos movimentos populares, funda sua legitimidade na aderência ao concreto, sendo insuficiente para tanto a *mera coerência dogmática-conceitual*. Com efeito, se afigura impossível pensar em normas para disciplinar condutas humanas utilizando-se apenas da racionalidade pois a realidade tem raízes na vida cultural, religiosa, social, que contribuem para balizar o que o homem deve, ou não, ao seu semelhante. Manifestações de Direito surgem em outras esferas da sociedade *independentemente da idéia de coerção*.

E) A globalização é um fenômeno novo e ameaçador

A História registra outros movimentos de globalização e internacionalização dos mercados e idéias, desde a Antigüidade, com os fenícios e

romanos, passando pela Idade Média com o intenso comércio entre as cidades italianas e a Liga hanseática no mar do norte, até a fase das grandes navegações e descobrimentos pelo Oceano Atlântico, o intercâmbio trazido pelo iluminismo, pelas idéias da Revolução Francesa que inspiraram os movimentos de independência em várias partes do mundo, inclusive no Brasil. Assim, embora estejamos vivendo um movimento marcado por uma rapidez mais acentuada, não se trata de algo inusitado.

Também se afigura pueril a definição da globalização como um orquestrado complô de conspiração internacional. Tal fundamento inocente faz lembrar a conhecida figura do lendário Dom Quixote que se deliciava lutando contra moinhos de vento. Embora ainda tenhamos apreço pelo gosto bacharelesco da discussão pela discussão, apenas "para argumentar", não se pode deixar de reconhecer que os novos tempos exigem objetividade e sua perda na luta insana contra inimigos imaginários, fatalmente nos afasta do *embate necessário* contra a obsolescência, que tem travado o desenvolvimento e o aprimoramento das instituições jurídicas.

Em "Crítica a Modernidade" *Alain Touraine* mostra como a discussão sobre globalização encobriu a discussão mais importante, no que se refere a capacidade das instituições nacionais em moldar o perfil decisivo da nação, *ressaltando que "a idéia de desenvolvimento recobra sua importância e se revela inseparável das escolhas políticas, econômicas e sociais. Não somos apenas vítimas e podemos ser atores de nosso futuro. Não nos deixemos arrastar pela falsa idéia de nossa impotência. Isso só interessa aos ditadores"*.

Nesse sentido *Amartya Sen*, prêmio Nobel de Economia em 1998, em seu livro "Desenvolvimento como Liberdade", contesta a visão tradicional que mede o desenvolvimento pelo crescimento do PIB, aumento da renda per capita e modernização, passando a defini-lo como um processo de expansão das liberdades que as pessoas *realmente desfrutam*, destacando sua importância na *construção dos valores e prioridades* que vão moldar a vida em sociedade.

3. DESLOCAMENTO DO EIXO

Afigura-se inquestionável que o Direito *nasce de uma situação de equilíbrio entre forças contrapostas e, por isso, nada é mais danoso para o conceito de direito do que as posições de extremos*. Parafraseando o conhecido historiador inglês *Eric Hobsbawm* os novos tempos vem demonstrando que a era dos extremos também chegou ao fim para o direito trabalhista, de sorte que o reconhecimento oficial das fontes autônomas como geradoras de normatividade não exclui a produtividade heterônoma. Pelo contrário, a tão buscada efetividade exige a coexistência de ambas.

Desse modo é preciso acabar com o vezo maniqueísta que se debate entre duas posições extremadas, enxergando entre ambas apenas as posições de prevalência ou subordinação, quando na verdade o que existe é uma relação de adequação.

Para enxergar com lucidez esse novo eixo, temos que buscar novos conceitos que vão iluminar melhor os caminhos. Neste sentido é preciso considerar que a pirâmide idealizada por Kelsen, eficaz quando se refere a relação das normas heterônomas entre si, *revela-se totalmente inadequada* quando se trata de analisar as relações das normas heterônomas com as normas autônomas, ou seja, da norma legislada com a norma negociada, o que causa certa surpresa ao intérprete que, por uma atitude de defesa prefeira lançar mão dos velhos chavões, das velhas idéias, daquilo que já conhece, repetindo a mesma cantilena de sempre. Ora, todos nós sabemos e, mais do que isso, sentimos *que os tempos são outros, os desafios são diferentes e que o ferramental que estamos usando está se mostrando absolutamente ineficaz para solucionar as questões que nos são apresentadas. Só que temos medo do novo, do desconhecido, e aí como fazer?*

Seria ilusório imaginar que há receitas prontas e acabadas. As soluções surgirão com o caminhar, porém uma coisa é certa: só conseguiremos vislumbrar-lhes se estivermos com o espírito aberto, desamarrado das velhas idéias, porque o Direito não se restringe a um conjunto de normas positivadas pelo Estado. Trata-se de uma ciência que se refere à conduta do ser humano e, portanto, o dever-ser não pode abstrair-se do ser como ressalta o argentino Carlos Cossio, nem pode se restringir a mera questão de lógica normativa, como vem entendendo a escola de Frankfurt através do pensamento desenvolvido por Marcuse, Adorno, Habermas, em consonância com a diretriz filosófica traçada por Max Scheler e a corrente fenomenológica defendida por Heidegger.

Quando a legislação positiva não fornece mais os elementos seguros para a resolução de todos os conflitos que surgem *in concreto* em nossa sociedade, a pior coisa a fazer é adotar a posição dos “enamorado do passado”, como ressalta Miguel Reale, ou dos que não sabem se libertar de uma linha teórica apreendida quando o “lugar geométrico” era outro. Com certeza erraremos muito se nos julgarmos deuses acima da realidade, pairando num olimpo onipotente e desfiando um rosário de fórmulas abstratas, como se o direito pudesse resultar de simples concatenações silogísticas, desligadas do complexo sistema cultural de um povo e de uma época. Mais uma vez é preciso aprender com a sabedoria dos romanos e deixar que os corpos intermediários normatizem seus interesses, perguntando-lhes *Sub qua legis vives*, porque o Direito é antes de tudo, uma Ciência de Vida, com toda a dinâmica plural que lhe é inerente. Cabe ao Estado respeitar essa esfera privada e não asfixiar esse exercício de autonomia mas, balizar, fixar os limites da esfera pública, do interesse comum, impedindo que o exercício do direito por uns, configure lesão aos direitos de outros, ou dos demais integrantes do corpo social.

Assim, nas questões marcadas por conflitos de interesse de natureza privada, detentores de maior fluidez e mudança constante, que reúnam pontos em que há maior possibilidade de convergência, já balizados pela Constituição Federal de 88 como salários e jornada (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV), a *normatividade autônoma se revela mais adequada*.

Por outro lado, questões que envolvem conflitos de interesses de gênese pública, de proporções mais amplas, notadamente no que se refere a segurança, saúde e direitos de personalidade, devem receber uma regulação heterônoma, que atende melhor ao escopo da efetividade da normatização.

Como se vê, trata-se de uma questão de coexistência, adequação, equilíbrio, numa palavra, *JUSTA MEDIDA*.

Daí a necessidade de se adotar uma atitude isenta de preconceitos, para que se possa observar de forma isenta a realidade fática, valorando qual a obra jurídica a ser realizada pelo Estado para atender às exigências da realidade, de modo que o sistema jurídico não perca a aderência e a constância com os autênticos valores da cultura nacional. Só quando se atinge a essência dos valores jurídicos fundamentais se terá capacidade para entrar em contato com o *jus vivens*, que o legislador deve captar através de uma permanente atenção às necessidades que a vida vai colocando para a sociedade.

Como bem pondera *Miguel Reale* é preciso, mais do que nunca, resgatar o valor e a dignidade da Ciência do Direito, destituindo-a dos equívocos conceitos que a colocam "como algo que se interpõe entre o homem e a vida" ou como um conjunto confuso de idéias a serviço de interesses contraditórios em que leva vantagem o que tem mais malícia e perspicácia, ao invés daquele que é o detentor do justo. É preciso resgatar o valor do princípio da alteridade porque " não se reduz o direito a simples condicionalidade lógico-transcendental, com que *Kant* exprimiu o individualismo fundamental de sua época, nem a uma condicionalidade sociológica, à maneira de *Ihering*, tentando um compromisso garantido pelo poder público entre interesses individuais reciprocamente compensados, devendo ser vista em termos histórico-axiológicos, visando a uma ordem social justa, na qual os homens possam se desenvolver livremente assim como completar-se econômica e eticamente uns aos outros, em sentido de comunidade".⁽¹⁾ O ato de escolha e decisão que representa o momento culminante do processo normogênico se acha sempre condicionado por um sistema contrastante de fatos e valores, num processo de superação de contraditórios. Por isso, a compreensão dialética da normogênese jurídica não perde sua força uma vez instaurados os modelos legais. As estruturas normativas positivadas não são sistemas inertes mas, sim, realidades que continuamente recebem novos impactos de novos fatos, porque a vida em sociedade é dinâmica e nenhuma norma jurídica vale como tal inseparável dos valores e dos fatos que compõe a estrutura ético-social de cada época e lugar. Daí o equívoco dos que vêem no Direito apenas o seu papel coercitivo, sem observar a rede de relações jurídicas constituídas para possibilitar que a convivência humana teça e realize livre e pacificamente seus projetos e desenhos para objetivação dos valores éticos, estéticos ou econômicos.

(1) *Miguel Reale*. "Horizontes do Direito e da História", págs. 319 e 232.

Assim não é essencial ao conceito de direito que este seja criado pelo Estado. Há também uma normatividade que surge espontaneamente na sociedade, que os alemães denominam de *Volksrecht*, caracterizada por sua natureza móvel e variável, cuja observância decorre do consenso e não da imposição⁽²⁾. Registre-se que as mudanças sociais vem evidenciando que a força física tem pouca eficácia como indutora de comportamentos se não for acompanhada por uma forte dose de cooperação social, que só nasce do exercício da negociação, da busca dos pontos de convergência.

4. OS NOVOS PARÂMETROS

O que se observa como novo parâmetro é que o cumprimento das regras necessárias para a convivência social, baseada no *sum cuique tribuere*, não se faz apenas através de normas legisladas providas de sanção, mas também através de normas negociadas como produto da persuasão e do consenso.

Assim, a nova colocação do problema implica em revisitar conceitos postos por Kant e Kelsen ao apreçoar que direito e coação se identificam. Ora, não é a coerção que define o Direito, nem quanto ao seu conteúdo, nem pela maneira como se exprime, situando-se apenas em algumas áreas de seu exercício. Entretanto, quanto maior o desenvolvimento das relações sociais, menor a necessidade do uso da coação.

Em muitos casos a persuasão, através do convencimento, tem um efeito muito mais duradouro e eficaz, como revela a realidade de nossos dias. Manifestações de Direito surgem em todos os estratos da sociedade, no espaço e no tempo. Se uma dessas manifestações é agasalhada pelo estado como ato coativo, tal não esgota, entretanto, a complexidade do fenômeno jurídico, como equivocadamente entendeu o positivismo monista que, ao equacionar a questão desta forma incide, em sentido oposto, no mesmo extremo do jusnaturalismo. Por isso, a grande tarefa de nossos dias consiste em evitar a atividade avassaladora do Estado que tem levado a desvalorização da pessoa, enredando-a numa teia propositadamente confusa de normas que beneficiam apenas alguns segmentos mais privilegiados, em detrimento da imensa maioria. Tal questão atinge importância significativa nos dias de hoje quando os acontecimentos violentos do dia a dia vem revelar o que pode acontecer em uma sociedade marcada pela racionalidade e pela mecanização, onde se procura conseguir o que se quer pela coação, considerando destituído de valor aquilo que pela força não se pode obter. Entretanto, não se pode esquecer que as regras não são cumpridas apenas por medo da coação mas, principalmente pela convicção de que representam um bem para o indivíduo e para a sociedade. Há, portanto, a necessidade de se reequacionar o lugar ocupado pelas teses coercitivas, redesenhando um novo perfil do Estado, fora do viés totalitário hobbesiano, ao reconhecer que não detém mais o monopólio de estabelecer a regra do dever-ser.

(2) Miguel Reale. "Horizontes do Direito e da História", págs. 319 e 232.

Reconhecer a participação dos corpos intermediários é fortalecer a democracia, abrindo espaço para que o cidadão participe dos processos decisórios que regem a sociedade. É um novo modelo que se apresenta para dar voz ao cidadão comum, fato de peculiar importância numa época que só os detentores de capital dispõem de cacife suficiente para eleger deputados e senadores.

Necessário ressaltar que a Carta Política de 1988 atenta a tais questões, expressamente reconheceu o poder normativo aos corpos intermediários na área trabalhista ao estabelecer, como direito do trabalhador, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (artigo 7º-XXVI).

Giorgio del Vecchio alerta para a necessidade de “desviar-se do dogma da onipotência legislativa” e romper o círculo vicioso que nos impede de admitir outros princípios além dos estabelecidos pela lei, enfatizando que “o normativismo que rege a vida social não se restringe a lei”, notadamente porque ela regula apenas a parte mais genérica da realidade social. Ademais, mesmo em se tratando de lei, a norma perde a validade e a eficácia quando perde a capacidade de atuar como motivo determinante da vontade pela convicção, derivada de nós mesmos, de que há acerto em sua diretriz. Daí a precariedade do direito garantido apenas pelos meios coalitivos estatais. O ordenamento jurídico não se sustenta quando deixam de atuar as forças que efetivam o controle social como igrejas, família, regras de convivência. A coação jurídica atua apenas como reforço as garantias extra-estatais e se mostra totalmente ineficaz quando colide com estas. Daí a impossibilidade de identificar o direito com o coercivismo, que é o traço fundamental do positivismo.

Na obra clássica “Acesso a Justiça” *Cappelletti* se detém na análise deste novo eixo, relembrando a evolução ocorrida de Ptolomeu a Galileu, ressaltando que há uma mudança importante do foco, dos operadores para os cidadãos/consumidores do Direito, que tem sua posição valorizada, pensamento também compartilhado por *Vittorio Denti e Giuseppe Terzi*. Destaca, com propriedade, que o estatismo/nacionalismo decorreu da valorização do capital físico (o poder pertencia ao detentor da terra), viés que não tem como ser sustentado numa sociedade informacional, ante a evidente alteração do foco do poder para o capital social, entendido como a rede das instituições de base que ajudam a sociedade a digerir seus problemas, quando conseguem coordenar as aspirações e a busca de soluções no próprio locus em que são gestadas. Infelizmente, na área trabalhista, os sindicatos estão demorando a entender o novo espaço que se abre a sua frente e, por isso, vem sendo atropelados por uma avalanche de ONGs desfraldando as bandeiras que deveriam empunhar.

Os juristas também vem tendo dificuldades para se despir dos conceitos que engessam dogmaticamente a ciência do Direito, demorando a se voltar para a experiência do concreto e entender a necessidade de acabar com a mentalidade que privilegia a teorização lógico-formal; esquecem que o significado do jurídico tem seu compromisso primeiro com

a realidade social e da eficácia da ordem jurídica depende a eficácia dos demais direitos dos cidadãos. Daí a importância de se *passar da ética da convicção para a ética da responsabilidade* como já frisava *Max Weber*, repelindo a máxima *Fiat justitia, pereat mundi* porque a Justiça deve ter por escopo a sobrevivência do mundo sob novos parâmetros, *impedindo o seu perecimento*.

As antigas posturas só tem servido para implodir o reconhecimento de legitimidade da lei com a perigosa conclusão de que é melhor agir fora de seu âmbito de abrangência, na *informalidade*. Ora, chegou o momento de encerrar também a *Era da inocência*, dos que não enxergam que a informalidade é altamente vantajosa para alguns detentores do capital econômico, que desta maneira se furtam ao cumprimento das obrigações sociais, fiscais e previdenciárias, repassando esse custo para a sociedade como um todo, ao mesmo tempo em que privatizam o lucro em seu benefício exclusivo, concorrendo deslealmente com os demais, que cumprem a lei. Enquanto isso, a mídia se encarrega de promover o circo nosso de cada dia, e as cabeças pensantes se limitam a lutar contra as "ideologias" e "moinhos de vento" apenas para apaziguar as consciências e possibilitar que tudo continue como dantes, ao mesmo tempo em que *la nave vá* causando a amarga sensação de impotência, e os "líderes" de sempre seguem aumentando seu poder econômico, num inequívoco descompasso com o mundo mais desenvolvido que assiste ao ocaso dos grandes conflitos ideológicos, como ressalta *Gino Giugni*⁽³⁾.

Por isso, é preciso *mudar o foco*, evitando as discussões estereótipas próprias de um dilentantismo juvenil, se este país pretende realmente caminhar para a maturidade e o fortalecimento de suas instituições democráticas. Daí, que é falsa a oposição entre intervenção estatal e autonomia privada porque não são conceitos antitéticos e excludentes, mas coexistentes, que devem se inter-relacionar para a sobrevivência de uma sociedade fundada na harmonia entre a igualdade e a liberdade.

Com efeito, se por um lado a situação de monopólio do Estado se tornou insustentável, também ninguém mais acredita no outro extremo, ou seja, na necessidade de sua supressão, por considerar sua presença absolutamente necessária, na delimitação entre o público e o privado. Diferentemente do homem do século XVIII que via a liberdade como exercício de seu individualismo, o homem do século XX entende que a liberdade real consiste no *efetivo exercício de direitos, na reciprocidade na concessão e recebimento de benefícios e na possibilidade de acesso aos bens sociais*, o que leva a necessidade de situar o Direito como *um padrão objetivo do justo*, como reflexo de um sentimento generalizado de Justiça, como ensina *Dalmo de Abreu Dallari* em "O renascer do Direito".

Assim, não se sustenta mais o simplismo de uma posição monista e maniqueísta ante uma realidade cada vez mais plural e multifacetária, que não pode ser reduzida a neoliberalismo, neo-socialismo, capitalismo, so-

(3) *Gino Giugni*. "Diritto Sindacale", págs. 28 a 30.

cialismo, porque ela é tudo isso *junto*, num amálgama cambiante de conformidade com que se apresenta a realidade fática, prenhe de mudanças que não se restringem ao mundo econômico e do trabalho, mas abrangem também a mentalidade política, cultural, religiosa, comportamental e, portanto, jurídica do homem moderno. Daí a importância de fortalecimento dos corpos intermediários e das instituições que os sustentam, a fim de abrir espaços para a atuação do cidadão, evitando seu esmagamento por uma super estrutura.

5. AS NOVAS INSTITUIÇÕES

Ante um desenvolvimento tecnológico que transformou radicalmente o modo de produção, de uma economia que sai do industrialismo para entrar numa era de serviços, o padrão de empregado celetista, mero executor do ordens recebidas do detentor da propriedade física dos meios de produção deixa de ter a importância que apresentava no passado. Embora o Brasil seja um país de dimensões continentais e conte com regiões grandemente diversificadas, em diferentes estágios de desenvolvimento, sendo que algumas nem sequer chegaram a fase industrial, o pólo mais desenvolvido situado no sudeste acompanha os grandes centros mundiais no sentido de existência de um leque cada vez maior de relações de trabalho que diferem, e muito, do modelo clássico celetista, notadamente no que se refere a substituição da subordinação pela coordenação, pagamento de salários fixos por participação no produto do trabalho, da divisão entre os trabalhos de concepção e execução para a união de ambos nas mãos da mesma pessoa, de sorte que a Justiça do Trabalho não pode mais continuar a ser apenas a Justiça do contrato de emprego. Há que se abrir espaços e aprimorar as novas instituições que vem surgindo, porque o modelo de contrato de emprego celetista nasceu com o industrialismo e certamente vai morrer com ele, subsistindo apenas nas atividades em que há menor agregação de conteúdo tecnológico que exige baixa qualificação.

Dentro desse viés não há como concordar com a visão pessimista que vê um futuro reducionista para a Justiça do trabalho, quando o quadro é exatamente o inverso. Com efeito, abarcando novas formas de contrato de trabalho e reconhecendo a normatividade de um maior número de normas negociadas dentro do parâmetro traçado pela Constituição de 1938, o Direito do trabalho tende a alargar suas fronteiras, abrindo espaços para novas instituições e, com isso, ampliando também a abrangência da Justiça do Trabalho. Daí a necessidade de fortalecer as instituições jurídicas para que preservem o espaço político, social e jurídico do trabalhador, empregado ou não, adotando novos parâmetros, tais como:

a) o reconhecimento da capacidade normativa dos sujeitos coletivos

É fato notório que nos regimes de viés totalitário os sindicatos se limitam a atuar na clandestinidade ou através do colaboracionismo. Nossa

história registra ambos os comportamentos, bem como um saudável movimento de independência no final da década de 70 na região do ABC. Todavia, também revela que teve vida curta, entrando num marasmo cada vez maior, marcado por uma mentalidade acanhada, que não conseguiu revigorar-se nem por ocasião do advento da Nova República em 1985, o que vem impedindo o movimento sindical de vislumbrar o novo espaço político-institucional que se abre a sua frente bem como as novas necessidades que está sendo chamado a atender.

Ao adotar um modelo híbrido (para muitos inadmissível), de corporativismo e liberdade, a Constituição Federal na verdade apostou no amadurecimento no decorrer do tempo, que foi se consolidando e revelando, cada vez com mais nitidez, a necessidade de se investir na *liberdade sindical, ratificando a Convenção 87 da OIT* como requisito indispensável para a valorização da autonomia coletiva, que só se legitima quando exercida por organizações sindicais livres e independentes, capazes de agregar consenso em torno de si.

b) a priorização da negociação coletiva como processo normativo

Ao disciplinar os direitos trabalhistas, a *própria Lei Maior* sinalizou no sentido de *priorizar* a negociação coletiva no que se refere a *salários* (inciso VI) e *horário* (incisos XII, XIV) conferindo-lhe amplo poder normativo (inciso XXVI) como instrumento poderoso para conciliar os direitos dos trabalhadores com a viabilidade econômica da empresa, questões interdependentes. Na prática tal determinação só terá eficácia se houver *legitimidade* dos interlocutores sindicais, decorrente de ampla consonância com as aspirações da base, o que implica na eliminação da contribuição sindical obrigatória, que só serve para sustentar sindicatos de fachada.

Praticada por representantes sindicais autênticos, a negociação coletiva se constituiu no instrumento normativo por excelência na área trabalhista. Representa oportunidade impar de *adequar* a generalidade da lei à especificidade do caso concreto, através de um processo administrado de mudanças, que se revela muito mais saudável para as instituições do que um movimento brusco de ruptura. *Tal não pode ser definido como desregulamentação*, pois na verdade significa uma nova regulamentação, necessária em face da realidade cada vez mais cambiante, que deve ser administrada pelos próprios atores sociais que sofrem os seus efeitos. Trata-se de providência salutar que confere estabilidade necessária para a segurança das relações trabalhistas, possibilitando o planejamento empresarial e a tranquilidade maior entre os trabalhadores que participam de sua elaboração, priorizando o que é mais importante *no momento* (v.g. garantir emprego ao invés de pleitear aumento dos salários, pugnar pela proibição de horas extras ao invés de redução de jornada). Ademais, representam para o Direito do Trabalho importante instrumento de obtenção da paz social, possibilitando a concretização das cláusulas *rebus sic stantibus* e *ceteris paribus*, ou seja, a manutenção das regras enquanto a realidade se

manter, implicando em mudanças, quando os fatos sofrerem alteração, o que impede o indesejável engessamento nas relações entre os parceiros sociais, aumentando saudável intercâmbio entre sociedade e Estado.

Neste sentido, o doutrinador espanhol Antonio Baylos ressalta com propriedade que: "A reivindicação da cidadania do trabalhador na empresa surge como forma de resgatar os aspectos econômicos e sociais da mesma através da consecução da igualdade substancial, não formal. Essa cidadania só poderia realizar-se através do coletivo, da ação das organizações representativas dos trabalhadores"⁽⁴⁾.

c) o novo enfoque da hermenêutica

Enquanto a pirâmide Kelseniana e as regras clássicas de hermenêutica se mostraram suficientes para a interpretação das normas heterônomas, as normas autônomas e o seu inter-relacionamento com estas vem exigir um novo equacionamento, notadamente no que se refere ao conceito da norma mais favorável, e a supremacia, ou não, do legislado sobre o acordado.

É preciso atentar para um dado novo, que é o *princípio do conglobamento*, no sentido de que uma negociação coletiva tem que ser apreciada na sua *totalidade*, porque faz parte da dinâmica negocial ceder nos pontos em que os *parceiros* consideram menos importantes, para poder avançar naqueles que as próprias partes *consideram essencial* naquele momento, porque a norma negociada tem vigência temporal limitada ao máximo de 2 anos (art. 614 da CLT) *critérios que não são considerados na elaboração da norma legislativa*. Por isso, não se pode proceder a comparação de título por título, sob pena de desautorizar completamente a força normativa das regras negociadas numa contratação coletiva, o que leva a conclusão que deve ser admitida a *reformatio in pejus* quando a negociação ocorreu de forma legítima e quando o contrato se mostra benéfico em outros pontos, eis que a *própria Constituição Federal* reconheceu aos corpos intermediários o poder de elaborar juízos de valor sobre o que pode ou não ser readequado, quando se trata de relações de interesse privado, *que não configuram violação dos princípios de ordem pública e do bem comum*, reconhecendo ao cidadão maior participação no processo decisório que regerá sua vida comportamental, porque as normas autônomas e heterônomas atuam como vasos comunicantes, interagindo entre si. Registre-se que tal modelo vem sendo implantado com êxito em outros países que tem problemas semelhantes. A Reforma de 1997 realizada na Espanha, no sentido de assegurar maior autonomia contratual aos sindicatos, trouxe melhoria no nível de emprego e nas condições de trabalho para todos e não apenas aos que detinham uma relação de emprego clássica.

As leis trabalhistas mais recentes tem seguido a orientação constitucional e *priorizado a atuação da negociação coletiva no que se refere a novos tipos de contrato a prazo determinado (Lei n. 9.601/98), estruturação*

(4) Antonio Baylos. "Direito para armar", pág. 125.

das comissões prévias de conciliação (Lei n. 9.957/2000), bem como um número expressivo de medidas provisórias (banco de horas, trabalho a tempo parcial, suspensão contratual para reciclagem profissional, participação nos lucros) abrem espaços cada vez mais amplos à atuação da contratação coletiva. No entanto, é preciso atentar para que tudo isso não se perca por ocasião da interpretação de sua aplicação. Com efeito, constitui flagrante equívoco utilizar os mesmos critérios de hermenêutica para normas negociadas e legisladas, pois tem natureza diferente, estrutura diferente e duração diferente. Neste sentido, a interpretação de uma norma negociada deverá levar em conta outras questões como o *critério da especialidade*, que reconhece a prevalência da fonte mais próxima da situação a ser regulada, bem como *fatores circunstanciais, adequabilidade, permeabilidade, razoabilidade e equanimidade*, requisitos nem sempre exigidos para a hermenêutica da norma legislada, indicando um novo enfoque que abandona a antiga concepção hierárquica.

d) a responsabilidade na autotutela

Todos nós sabemos que a princípio a greve foi proibida em todos os ordenamentos, posteriormente tolerada, e hoje considerada um direito do trabalhador na maioria deles, inclusive no Brasil. Todavia, tal não tem maiores implicações se não fortalecermos seus institutos de sustentação, ou seja, a *responsabilidade* das entidades sindicais no que se refere a *oportunidade* de sua deflagração, mas também quanto aos *efeitos* que provoca inclusive em relação a terceiros eventualmente prejudicados e, por outro lado, a *repressão aos atos anti-sindicais*, para garantir a atuação dos corpos intermediários.

6. CONCLUSÃO — O ESGOTAMENTO DO MONISMO POSITIVISTA

Com a superação do industrialismo como modo de produção e, conseqüentemente, do modelo trazido pelo homo faber, a Era dos extremos também chegou ao fim no Direito do trabalho. Assim, não se pode mais colocar a equação simplista se há ou não contrato de emprego, porque atualmente há muitas variáveis de contrato de trabalho que não são necessariamente de emprego.

Também não se pode mais incidir no viés maniqueísta que colocava a norma legislada produzida pelo aparato estatal em confronto com a norma negociada, produto do ajuste entre as partes, porque ambas não se excluem mas se complementam na regulação dos conflitos. Se a realidade muda rapidamente, impedindo a solidificação necessária para a elaboração de um complexo processo legislativo, é muito melhor reconhecer às partes a possibilidade de preencher essa lacuna através do exercício da autonomia privada, principalmente se esta se processa pela via coletiva, através dos sindicatos, entidades de defesa do trabalhador, do que deixar a porta aberta para uma perigosa anomia.

A História tem revelado que fechar espaços para o exercício da autonomia privada coletiva é característica dos regimes totalitários de qualquer ideologia. Daí a necessidade de impedir o Estado de reduzir o trabalhador a mero instrumento para obtenção dos objetivos traçados pela elite dominante, deixando de reconhecê-lo como pessoa detentora do direito de associação.

A defesa da igualdade, garantida pela intervenção estatal, é *tão importante quanto* a defesa da liberdade, expressão do homem como sujeito de direitos e obrigações. A produção de riquezas é *tão importante quanto* sua correta distribuição, a garantia de um espaço para a autonomia privada coletiva é *tão importante quanto* a existência de um arcabouço normativo estatal, a fim de se evitar a informalidade que transforma o trabalhador num indivíduo sem identidade.

O século XX foi marcado pela montagem de gigantescos aparelhos de repressão e destruição da autonomia da sociedade civil, como resultado de posições extremadas das ideologias de esquerda e direita. Tal estado de coisas nos remete para a necessidade de repensar a relação existente entre o indivíduo e Estado, reconhecendo a existência de outras pequenas fontes de poder, existentes nos corpos intermediários que integram a sociedade civil, necessárias para recompor o equilíbrio social e político do trabalho em relação ao capital. Para tanto, é necessária a combinação da autonomia com a heteronomia, norteadas para uma cultura de solidariedade, notadamente quando se constata que uma é a interface da outra, devendo atuar como vasos comunicantes para que a regulação leve ao apaziguamento dos conflitos e não a sua intensificação.

Trata-se do desenho de um novo perfil do Estado, fora do viés totalitário hobbesiano ou intervencionista keynesiano, que se despe do insustentável monopólio no estabelecimento das regras do dever-ser, reconhecendo a necessidade de conceder poder de auto-regulação aos corpos intermediários para fortalecer a democracia, abrindo espaços à participação mais efetiva de um número maior de cidadãos no processo decisório, cujas conseqüências terão que suportar.

Num mundo em que as idéias estão substituindo os bens físicos na criação de valor não há como deixar de reconhecer que o trabalhador, participante ativo desse processo, tem direito a *ter e manifestar* sua vontade.

O fim da era dos extremos na seara trabalhista coincide também com o fim da era Vargas, hoje emblematicamente selada com a superação da célebre controvérsia suscitada há mais de sessenta anos entre *Waldemar Ferreira e Oliveira Viana*, porque a realidade fática veio demonstrar que, afinal, *ambos* tinham razão, pois a preservação da autonomia com o reconhecimento de um espaço para o exercício da vontade é tão importante quanto a manutenção de um *verdadeiro* sistema protetivo, idéias que se complementam sob o viés da adequabilidade.

Com a percuciência que lhe é peculiar, *Mauro Cappelletti* já observara que “Sob a ponte da Justiça passam todas as dores, todas as misérias,

todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. Justiça é *compreensão, isto é, tomar em conjunto e adaptar os interesses opostos: a sociedade de hoje e a esperança do amanhã*".

Que a coragem e a sabedoria nos levem à lucidez para discernir o que deve ser mantido e o que merece ser mudado, libertando-nos do medo do novo e do preconceito, para que a valorização conjunta da liberdade e da igualdade *em sua justa medida* possa atender aos valores da Justiça e da segurança jurídica, *na realidade* das relações trabalhistas e não apenas na letra estéril dos códigos.

7. BIBLIOGRAFIA

- Bagolini, Luigi*. "Filosofia do Direito", LTr, 1997.
- Baylos, Antonio*. "Direito para armar", Tradução Flávio Benites e Cristina Schultz, LTr, 1999.
- Bobbio, Norberto*. "Igualdade e Liberdade", Trad. Carlos Néelson Coutinho.
- Calamandrei, Piero*. "Proceso y democracia", Trad. Hector Fix Zamudio, Ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires.
- Cappelletti, Mauro*. "Acesso alla giustizia", Giufre Editore, Milano, Juizes Legisladores, Trad. Carlos A. de Oliveira, Editor Sérgio A. Fabris, 1993.
- Denti, Vittorio*. "Giustizia e Patecipazione nella tutela dei nuovi diritti" in "Participação e Processo", Coordenação Ada P. Grinover *et alii*, Editora RT.
- Giugni, Gino*. "Diritto Sindacale", Cacucci Editore, Bari, 1996.
- Moreira Alves, José Carlos*. "Direito Romano", Editor Borsói, Rio de Janeiro, 1967.
- Reale, Miguel*. "Horizontes do Direito e da História", Saraiva, 2000.
- Romagnoli, Umberto*. "Il contratto collettivo di impresa", Milano, Dott A. Giufre, Editore 1963.