



DOS DIREITOS SOCIAIS

A segunda geração dos direitos fundamentais. O século XVIII assistiu à declaração dos direitos naturais do homem — as liberdades públicas —, direitos fundamentais que se garantiam contra o Estado, exigindo deste uma atitude de não-interferência. No curso do século XIX e início do século XX, desenvolveu-se a crítica, mormente socialista, segundo a qual esses direitos seriam, para a maioria do povo, meramente “formais”. Sim, porque o baixo nível das condições econômico-sociais impedia a maioria de usufruir deles. Formulou-se, então, a tese de que os direitos do homem não seriam apenas as liberdades públicas, mas também todo um outro rol de direitos de conteúdo econômico-social, que importariam nas condições adequadas de vida para todos (v. meu Direitos humanos fundamentais. São Paulo, Saraiva, 1995).

Esta segunda geração dos direitos fundamentais, a dos direitos econômico-sociais, ou simplesmente direitos “sociais”, foi pela primeira vez editada, de modo significativo, pela Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, a famosa Constituição de Weimar.

Já se fala hoje numa terceira geração de direitos fundamentais, a dos direitos de “solidariedade”, que tem reflexos na atual Constituição (v. o direito ao meio ambiente, art. 225). Trata-se, porém, de um tema ainda controverso (v. sobre todo esse assunto meu Curso de direito constitucional, cit., p. 246 e s.).

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Enumeração exemplificativa. O art. 6. não esgota os direitos sociais. Se o fizesse, os direitos do trabalhador que enuncia o artigo seguinte não seriam direitos sociais, o que é manifesto absurdo.

Educação. (V. arts. 205 a 214.)

Saúde. (V. arts. 196 a 200.)

Direito ao trabalho. Não se confunde o direito ao trabalho com os direitos do trabalhador. O direito ao trabalho é o de encontrar atividade produtiva remunerada. O de não ficar desempregado, portanto, sem meios de ganhar lícitamente a vida. Não se confunde igualmente o direito ao trabalho com a liberdade de trabalho, ou seja, com a liberdade de escolher a atividade produtiva a que se dedicar, que é vista tradicionalmente como a liberdade de empreender atividade econômica (v. art. 5. XIII).

O direito ao trabalho é resposta à gravíssima questão social do desemprego. Esta não data do capitalismo mas se tornou talvez mais aguda em razão deste e, sobretudo, da urbanização a ele vinculada. Realmente, esta faz visível o drama da massa desempregada, além de potencializar as suas explosões de descontentamento.

Já a Revolução Francesa, em período de franco predomínio do ideário liberal, se preocupou com a obtenção de trabalho para todos. Se a Constituição de 1791 não chegou a afirmar um direito ao trabalho, previu no Título I — “Disposições Fundamentais” — que seria criada uma assistência pública (“un établissement général de secours publics”), com a finalidade de, afora atender às crianças abandonadas e aos velhos e infirmes, “fornecer trabalho aos pobres, inválidos, que não teriam podido obtê-lo”. A mesma orientação está na 1793 (art. 21).

Na Constituição francesa de 1848, o tema voltou no Preâmbulo (VIII), sendo que o ar expressamente cuidou de anunciar “o estabelecimento pelo Estado, pelos departamentos e comunas, de trabalhos públicos, adequados para empregar os braços desocupados”.

No direito brasileiro, o direito ao trabalho aparece na Constituição de 1934(art. 113,n.3) e de 1937 não só reconhece o direito ao trabalho mas o “dever social”do trabalho. O texto de também se assegura esse direito, que vincula a uma “obrigação social”(art. 145, parágrafo único). Nenhuma dessas Constituições, porém, tirou desse direito a devida conclusão: se há um direito ao trabalho deve haver quem tenha a obrigação de prestar ocasião de trabalho. Sem esta obrigação o direito ao trabalho é vazio.

A Constituição de 1967 não menciona o direito ao trabalho (ênfatisa a “valorização do trabalho”que põe como “condição da dignidade humana”__ art. 157).Ela, todavia, prevê o “seguro-desemprego”, que bem ou mal supre a oportunidade de trabalho (art. 158,XVI). A Emenda n. 1/69 segue o mesmo caminho (arts. 160, II e 165, XVI).

Lazer. Este direito não constava das Constituições brasileiras anteriores. Não se tem notícia de que conste de Constituições estrangeiras.

Consiste no direito de usar o tempo não dedicado ao trabalho para o prazer do espírito ou do corpo (v. o desporto, art. 217). Distingue-se do direito ao descanso,ou repouso, que envolve apenas a recuperação de forças despendidas.

Segurança. Não se trata aqui da “sûteré”que a Declaração de 1789 (art. 2.) considera um dos direitos fundamentais e imprescritíveis do homem. Esta, que Montesquieu descrevia como o não temer qualquer cidadão um outro cidadão. (De I’esprit des lois, cit., Livro 11, Capítulo 6), não é expressamente mencionada no art. 5., mas é, no fundo, o objetivo de várias de suas normas(v. incs. XXXV, XXXIX etc.).

Segurança está aqui pelo que a Constituição adiante denomina “seguridade”(v. Título VIII, Capítulo II, arts. 194 e 195).

Previdência Social. (V. arts. 201 e 202.)

Proteção à maternidade e à infância. (V. arts. 203, I e II, e também 227, 228, 229.)

Assistência aos desamparados. (V. art. 203.)

Art. 7.São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Direitos dos trabalhadores. Foi a Constituição de 1934, no art. 121, a primeira que se preocupou em enunciar direitos particulares do trabalhador e com isso dar-lhe dignidade constitucional. Nisto, não só a Constituição de 1934 marcava sua filiação à orientação conhecida como a da “racionalização do poder”, mas também se vinculava à concepção da democracia não apenas como uma técnica de seleção política e sim igualmente como um sistema econômico e social. Filiava-se, por isso, à linha marcada pela Constituição alemã, de 11 de agosto de 1919, a celeberrima Constituição de Weimar.

A mesma orientação, qual seja a de consagrar no texto constitucional os preceitos fundamentais da legislação trabalhista, foi mantida na Constituição de 1937 (art. 137) e na de 1946(art. 157). Na anterior, era ela, por outro lado, uma decorrência da valorização do trabalho humano a que fazia referência o art. 160, II.

A Constituição vigente, como se verá, procurou ampliar os direitos de proteção do trabalhador. Fez questão, outrossim, de apontar que os direitos enumerados são atribuídos aos trabalhadores tanto urbanos como rurais.

A classe trabalhadora é de todas a classe mais necessitada de proteção do Estado. A inferioridade econômica enseja um campo fértil para explorações políticas. Abre-se, com isso, um campo para a luta de classes. Por outro lado, essa inferioridade econômica repercute no plano social e conseqüentemente no plano político. Com efeito, a pobreza dificulta o acesso à instrução e, portanto, torna-se extremamente duvidoso que uma classe possa bem utilizar-se dos mecanismos políticos como o voto. Assim, a consagração no texto constitucional dos direitos do trabalhador tem uma importância muito grande, que pode ser até certo ponto comparável à do reconhecimento dos direitos e das garantias de todos os indivíduos. São esses direitos do trabalhador condição indispensável para o seu desenvolvimento, para a expansão de sua personalidade e para que todos possam, realmente, aceder aos benefícios da civilização e usufruir das vantagens de um regime democrático.

Enumeração exemplificativa. É bem claro no texto constitucional que a enumeração dos direitos do trabalhador contida nos diferentes itens deste artigo é meramente exemplificativa. Realmente, o texto exclui totalmente a taxatividade. Nada obsta, portanto, que outros direitos lhe sejam concedidos, para conduzi-lo à melhoria de condição social.

I __ relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Proteção à relação de emprego. Correlativo ao direito ao trabalho é o direito ao emprego, quer dizer, à permanência no emprego.

O direito moderno tende a recusar ao patrão o direito de livremente despedir o empregado, em nome da função social do emprego.

O direito à permanência no emprego é usualmente designado de estabilidade. Assim era no direito anterior (art. 165, XIII).

Entretanto, a estabilidade serve, para o trabalhador, de garantia contra a ameaça do desemprego. Se estas são as vantagens da estabilidade para o trabalhador, do ângulo da empresa oferece ela alguns inconvenientes. O primeiro, e o maior de todos, é o de restringir, sobremodo, o poder de comando da empresa, uma vez que esta perde, numa larga medida, a possibilidade de despedir os trabalhadores que não estão atendendo as necessidades da função e em seu lugar contratar outros mais aptos para tanto. Igualmente, a experiência demonstra que o trabalhador estável tende a tornar-se menos produtivo, exatamente pela certeza que possui de que, produzindo mais ou produzindo menos, conservará o seu lugar.

Por isso, a Constituição em vigor não dá ao trabalhador uma estabilidade absoluta, mas apenas uma proteção contra “despedida arbitrária” ou “sem justa causa”.

Deve-se atender por despedida arbitrária aquela que não se justifica senão pelo capricho do empregador. Quanto à despedida “sem justa causa”, é mais restritamente aquela que não encontra amparo sem justificativa reconhecida pela lei (que no caso deverá ser de natureza complementar). Na verdade, rigorosamente falando, despedida “sem justa causa” é expressão que compreende a despedida “arbitrária”, pois o arbítrio é inimigo do justo.

Indenização compensatória. Um dos direitos que decorrem para o trabalhador de despedimento arbitrário ou sem justa causa é a indenização compensatória. O ato de despedimento arbitrário sem causa justa é assim equiparado a ato ilícito, como o é na medida em que a lei fundamenta e reconhece um direito ao emprego.

À espera da lei complementar, a própria constituição, no art. 10 das disposições transitórias, traz normas sobre essa indenização e sobre o despedimento (art.10).

II - seguro desemprego, em caso de desemprego involuntário;

Seguro-desemprego, Foi a Constituição de 1967 (art. 158, XVI; na Emenda n: 1/69, art. 165, XVI) a primeira a prever o seguro-desemprego. Este é, na verdade, a contrapartida do direito ao trabalho. Não sendo propiciado ao indivíduo o trabalho a que tem direito, faz ele jus ao seguro-desemprego.

É de bom - senso que esse seguro seja pago apenas a que involuntariamente estiver desempregado. Entretanto, a caracterização do desemprego involuntário oferece algumas dificuldades que a lei regulamentadora do instituto tem de resolver, Por exemplo, como conciliar o caráter involuntário do desemprego com a livre escolha de atividade? Estará “involuntariamente “desempregado quem não aceitar emprego que não lhe agrade, ou não lhe pareça adequado a seus dotes e aptidões?

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

Fundo de garantia. Foi a Constituição de 1967 (art. 158, XVI; Emenda n: 1/69, art. 165, XIII) que, por primeiro, previu o “fundo de garantia”.

Foi ele previsto como um dos instrumentos pelos quais se efetivava a garantia de emprego, sendo o outro a indenização por tempo de serviço. A vantagem do fundo de garantia em relação a esta era ser o seu montante acessível ao empregado que perdia o emprego, independente de ser justa ou não a sua despedida (a indenização só caberia se a demissão fosse sem justa causa). Para o empregador, o fundo de serviço constituído de contribuições periódicas, permitida que dispensasse o empregado sem arcar com maiores ônus, como os decorrentes de uma eventual indenização.

A constituição em vigor desvinculou a garantia de emprego do fundo de garantia. Aquela se efetiva nos termos do disposto no inc. I deste artigo; este é dado a todos, nos termos da lei regulamentadora, que fiquem sem emprego depois de terem estado empregados. Toma assim o fundo de garantia o caráter de um pecúlio acumulado pelo trabalhador durante o período em que trabalha, cuja percepção independente da indenização, agora sempre devida em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa, e não exclui a percepção, ocorrendo o desemprego, do respectivo seguro.

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajuste periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fins;

Salário mínimo. A garantia do salário mínimo ao trabalhador visa “a evitar que os trabalhadores sejam explorados pelo empregador” (cf. Octavio Bueno Magano, As novas tendências do direito do trabalhador, p. 41; também José Pinto Antunes, A interpretação econômica - Jurídica

da constituição, RF, 143:22). De fato, deixado o salário ao livre jogo das leis do mercado, ou seja livre jogo da oferta e da procura, pode ele cair abaixo do necessário para a subsistência do trabalhador em determinadas ocasiões e, certamente, não levará em conta, usualmente, as necessidades da família do mesmo trabalhador. Para impedir tal situação, evidentemente contrária ao interesse social e atentatória à essência do bem comum de que é a vida humana digna, a primeira regra de proteção ao trabalhador é a de ampará-lo, para que não venha a receber por seu trabalho menos do que o necessário para as suas necessidades normais e as de sua família.

A previsão do salário mínimo está no direito Constitucional Brasileiro desde 1934. Convém entretanto observar que na constituição de 1934 (art. 121, § 1º, b) e na de 1937 (art. 137, h) previa-se apenas o salário mínimo para a satisfação das necessidades normais do trabalhador. Foi somente a Constituição de 1946 (art. 157, I) que estendeu o campo do salário mínimo às necessidades da família do trabalhador. Assim, o constituinte determina ao legislador que, ao estabelecer o critério de cálculo do salário mínimo, leve em conta não apenas a necessidade daquele que trabalha, mas também a necessidade de manter-se a sua família com o produto do seu esforço. E isso foi repetido pela constituição de 1967, bem como pela atual.

Ao prever a cobertura das necessidades da família do trabalhador por meio do salário mínimo, a Constituição revela a mais justa das intenções.

Cria com isso, porém, um problema que só pode ser justamente resolvido pelo estabelecimento, lado a lado de um salário mínimo do trabalhador sem família e de um salário mínimo do trabalhador com família. Do contrário, fixado um salário mínimo que permita sempre ao trabalhador manter família seria privilegiado em relação ao outro. De fato, ele viria a receber um salário para a manutenção da família sem que tivesse o correspondente encargo. A solução aposta, qual seja, a de se fixar um salário mínimo segundo as necessidades do trabalhador individualmente considerado e dar - se um acréscimo ao trabalhador com família, teria dois problemas pela frente: o primeiro, de não se coadunar estritamente com o texto constitucional: o segundo, de ensejar, eventualmente, uma preferência pelo trabalhador sem família em relação ao trabalhador com família. Tal preferência seria evidentemente de cunho anti-social. Foi por isso que o direito brasileiro, e especialmente a Constituição, a partir de 1967 (art. 158, II), veio a prever o salário - família, como complemento do salário mínimo, o que na vigente se mantém (art. 7º: XII). Todavia, a previsão do salário - família não teve reflexo no texto Constitucional ao menos na redação do inc. IV, pois aqui se continua a prever o salário mínimo necessário para as necessidades do trabalhador e de sua família. As necessidades familiares do trabalhador devem ser atendidas não pelo salário mínimo, mas sim pelo salário-família.

Reajuste periódico. A constância do fenômeno inflacionário, que corrói qualquer salário, levou a Constituição em vigor a prever a periódica revisão do salário mínimo, a fim de preservar-se o poder aquisitivo do trabalhador.

Unificação do salário mínimo. Também inova a Constituição ao exigir que o salário mínimo seja nacionalmente unificado. De acordo com o direito anterior (EC n. 1/69, art. 165, I) era de sua índole ser regional. De fato, o salário mínimo deveria ser adequado para satisfazer as necessidades do trabalhador, “conforme as condições de cada região”. A unificação não é de bom senso, visto que o custo de vida varia de região para região.

Lei. A atual Constituição reserva à lei a fixação do salário mínimo. Quis com isto dar participação ao Congresso na definição de seu montante.

Proibição de vinculações. A inflação, ao produzir o descrédito da moeda, leva à procura de valor que tenha a segurança da atualização, para definição das prestações em geral. O salário, ainda

mais com a garantia de “reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”, seria um dos valores. A Constituição, porém, proíbe que o salário mínimo sirva de valor-de-referência. A partir disto é impedir que o aumento (ainda que nominal) do salário mínimo acarrete, automaticamente, o aumento de outras prestações: preços, aluguéis, etc.

V --- piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

Piso salarial. Trata-se no fundo de uma projeção do salário mínimo, tendo em vista sobretudo a complexidade do trabalho desempenhado por certas categorias profissionais, ou determinadas atividades. Consiste, pois, num salário mínimo próprio a tais categorias ou atividades.

A Constituinte vigente é a primeira a consagrar essa idéia, inspirada pela prática das negociações salariais de várias categorias profissionais organizadas.

VI --- irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

Irredutibilidade. O direito anterior não consagrava este princípio, salvo em relação aos magistrados. De fato, até a presente Constituição, a irredutibilidade de vencimentos era um dos predicamentos da magistratura, apenas.

É expressa, porém, a norma ao admitir a redução do salário em convenção ou acordo coletivo.

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

Mínimo na remuneração variável. Esta regra, que a Constituição vigente é a primeira a consagrar, tem o caráter de uma decorrência do salário mínimo. Admite-se, em razão dela, que o trabalhador perceba salário inteiramente variável, entretanto, este não poderá ser inferior ao salário mínimo (v. Amauri Mascaro Nascimento, *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 127).

VIII --- décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

Décimo terceiro salário. Nenhuma das Constituições anteriores cuidou de consagrar o direito a esse salário, que assim repousava exclusivamente na lei ordinária.

A atual não só constitucionalizou esse direito como dispôs dever ter ele por base a “remuneração integral” do trabalhador na ativa, ou o “valor da aposentadoria”, para o retirado.

IX --- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

Salário noturno. Repete-se aqui o que estava no art. 157, I I, da Constituição de 1946 e no art. 165, IV, da Constituição de 1967 (com a Emenda n. I de 1969). É este preceito consequência lógica do fato de não ser discriminatório o tratamento diverso do trabalho noturno e do trabalho diurno, dada as notórias diferenças de um e de outro. Assim, houve por bem a Constituição determinar a diferença de tratamento entre o trabalho noturno e o trabalho diurno, quanto à sua remuneração.



X --- proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção do

Criminalização da retenção dolosa de salário. Tem-se aqui uma inovação Constitucional. Ela comanda ao legislador que defina como crime (por lei, em respeito ao princípio da legalidade) a retenção dolosa de salário. Além disso, comanda também ao legislador que, em adote medidas outras de proteção ao salário.

XI --- participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

Participação nos lucros. A participação nos lucros foi, na opinião de Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I de 1969, cit., t. 6.p. 122), o ponto mais novo da Constituição de 1946 no tocante à parte econômica. Era ela prevista no art. 157, IV, que rezava: “Participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar”. Entretanto, durante os vinte anos de vigência da Constituição de 1946, a participação nos lucros não foi regulamentada pela lei, apesar do grande número de projetos a esse respeito apresentados à deliberação do Congresso Nacional. O grande obstáculo a essa regulamentação era, na opinião dos doutos, a exigência constitucional de que a participação fosse direta, o que impedia a forma diferida e indireta de participação mais fácil de ser estruturada (cf. Evaristo de Moraes Filho, Da Ordem Social na Constituição de 1967, in Estudos sobre a Constituição de 1967, p. 198). A exigência da participação direta, desde a Constituição anterior, desapareceu. Existe, por isso, toda a flexibilidade, hoje, para o encontro da fórmula adequada para a participação do trabalhador nos lucros da empresa. Essa participação, ressalte-se, não deve visar ao aumento da remuneração do trabalhador, mas sim contribuir para a sua integração à empresa. A participação nos lucros é “um instrumento de integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa”. Por meio de medida provisória é que foi editada a regulamentação da matéria.

Participação na gestão da empresa. Repete a Constituição vigente a de 1967, ao prever a participação do trabalhador na gestão da empresa. Tal previsão inexistia na Constituição de 1946. É outro dos instrumentos para a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa. Cautelosamente, todavia, a Constituição a imagina apenas para casos excepcionais, tudo sempre dependente da regulamentação legal.

XII --- salário-família para os seu dependentes;

Salário-família. Este consiste na “espécie de remuneração que pelo seu montante resulta suficiente para cada família em concreto, segundo o número de seus membros, suas necessidades etc.”(Magano. As novas tendências do direito do trabalho. cit., p. 41). Foi a Constituição de 1967 a primeira explícita relativamente ao salário-família. O direito constitucional anterior a 1967 o ignorava. O salário-família, como é obvio, visa a atender as necessidades normais da família do trabalhador e não às suas pessoais e particulares. Com isso, atende à necessidade, de amparar adequadamente o trabalhador com família, completando-se o sistema do salário mínimo(v. os comentários ao item IV).

No plano constitucional, todavia, oferecem-se à exegese algumas dificuldades com relação ao salário-família. A primeira, já vista, está no fato de que o inc. IV deste mesmo artigo já prevê que o salário mínimo deva abranger as necessidades normais da família do trabalhador. Daí decorre que

aparentemente, ao menos, a previsão do salário-família no inc. XII, que ora se comenta, redundante. Por outro lado, o inc. XXX deste artigo (v. infra) proíbe diferenças de salário em 1 de estado civil. Ora, o estipêndio denominado salário-família, se tiver natureza salarial, obviamente se choca com o proscrito neste referido inc. XXX. Portanto, na opinião da maioria dos especialistas do direito do trabalho e especialmente à luz da lei que regulamenta esse benefício (Lei n. 4.266 de 1964), o salário família tem meramente natureza previdencial. É a opinião, dentre outros, do citado Magalhães (As novas tendências do direito do Trabalho, cit., p. 42), de Roberto Barreto Prado (Tratado de Direito do trabalho, v. 1. p. 225) e de outros.

XIII --- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

Duração do trabalho. No intento de proteger a saúde e a personalidade do trabalhador contra a exploração de suas forças, a Constituição mantém numa das bases do direito trabalhista, a fixação da duração máxima da jornada de trabalho. Confirma ela a orientação anterior quanto à jornada: no máximo de oito horas, podendo ser reduzida em acordo ou convenção coletiva. Inova, porém, ao estabelecer um máximo de quarenta e quatro horas semanais para o trabalho.

XIV --- jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos interruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Jornada de seis horas. Não havia no direito anterior regra equivalente. Esta introduz exceção ao previsto no inciso anterior. A jornada comum será de oito horas, entretanto para o trabalho realizado em turno ininterrupto será de seis horas.

A redução da jornada aqui prevista depende de dois requisitos que o texto põe claramente. Um, que haja revezamento, isto é, o turno de trabalho de uma turma de trabalhadores periodicamente muda, sendo esta substituída por outra. Outro, que o turno seja ininterrupto, ou seja, contínuo e sem pausas.

XV --- repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

Repouso semanal remunerado. A instituição do repouso remunerado atende a três fundamentos diferentes: ao biológico, pois se destina a eliminar o cansaço decorrente do trabalho; ao social, pois enseja o convívio social e familiar e a prática das atividades recreativas; e ao econômico, pois contribui para aumentar o rendimento do trabalho e conseqüentemente aprimorar a produção, enquanto igualmente serve para restringir o desemprego (cf. Magalhães. As novas tendências do direito do Trabalho, cit., p. 49). Na Constituição de 1946(art. 157, VI) estava estabelecido que o repouso semanal remunerado deveria dar-se, preferencialmente, aos Domingos. Preponderava nisto o objeto religioso. A Constituição de 1967 eliminou essa preferência em favor do domingo como dia de repouso semanal remunerado, que foi estabelecida em 1988.

Repouso nos feriados. O repouso nos feriados, sejam civis, sejam religiosos, tem fundamento social. Destina-se a ensejar a participação do trabalhador nas comemorações cívicas ou nos cultos religiosos.



XVI --- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, cinquenta por cento à do normal;

Remuneração acrescida. Não havia no direito constitucional anterior regra equivalente. Note-se que a norma em exame fixa um mínimo, que poderá ser aumentado pela lei, ou em acordo ou convenção coletiva.

XVII --- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Férias. As férias têm os mesmos fundamentos do repouso semanal remunerado (v. comentários ao inc. XV). Com efeito, o descanso semanal não basta para a recuperação física nem é suficiente para que se atinjam as finalidades sociais e econômicas que a esta recuperação se associam. Daí existir a necessidade de um período maior de repouso para cada ano de trabalho. Obviamente, o trabalhador não poderia usufruir desse período de repouso se não fosse durante ele remunerado. A previsão desse período mais longo de descanso anual com a necessária remuneração é exatamente o que decorre do preceito constitucional.

A Constituição vigente inova em relação ao direito anterior, prevendo um acréscimo de remuneração nas férias. Será este de, no mínimo, um terço a mais. Trata-se de uma norma paradoxal, pois valoriza o descanso mais do que o labor.

XVIII --- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias:

Proteção à gestante. A previsão para descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, atende a duas finalidades: por um lado, protege o trabalho da mulher, enquanto por outro atende a um elevado objetivo social, qual seja a defesa da família e da maternidade.

A norma presente prefixa em cento e vinte dias corridos a duração dessa licença.

XIX --- licença- paternidade, nos termos fixados em lei;

Licença-paternidade. O direito anterior não a previa. Não tem símile exato no direito comparado (v. Amauri Mascaro Nascimento, Direito do Trabalho na Constituição de 1988, cit., p. 187). O art. 10.º 1.(v. infra), já prefixou a duração da licença-paternidade: cinco dias.

XX --- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos nos termos da lei;

Mercado de trabalho da mulher. Nada a este respeito previa o direito anterior.

A norma aqui comentada é contrariada, na prática, pela que concede à gestante licença de cento e vinte dias (inc. XVIII), a qual evidentemente desencoraja a admissão de mulher.

XXI --- aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;



Aviso prévio. Inexistia regra equivalente no direito anterior.

Por aviso prévio entende-se aqui o prazo que decorre entre a comunicação do desligamento e sua efetivação. Evidentemente, quis a Constituição que o legislador, quando oportuno, determinasse a concessão de prazo maior em benefício do empregado com muito tempo de casa. Fixou desde um mínimo: o de trinta dias.

XXII --- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Saúde, higiene e segurança. Neste item determina-se a previsão de medidas destinadas a resguardar a higidez do trabalhador. Trata-se de objetivo da mais alta relevância social. A norma evidentemente se dirige ao legislador.

XXIII --- adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Adicional. Não se encontra no direito constitucional anterior regra equivalente, embora a legislação ordinária o prevesse em certos casos.

Anorma se dirige ao legislador, que a deverá regulamentar. Ela comanda que um plus seja acrescido à remuneração do trabalhador em caso de atividade perigosa (que traga risco para sua vida ou incolumidade física), insalubre (para sua saúde) ou penosa (anormalmente cansativa ou desgastante). É de se supor, todavia, que a própria estipulação do salário já leve em conta esses fatores, o que terá sempre maior alcance do que a fixação política pela lei de um adicional.

XXIV --- aposentadoria;

Aposentadoria. No direito anterior não se destacava a aposentadoria dentre os direitos previdenciários que se reconheciam ao trabalhador (Emenda n. 1/69, art. XVI). Trata-se de um dos mais importantes direitos sociais, na medida que serve para assegurar um rendimento a quem esteja impossibilitado de trabalhar, seja pela velhice, seja pela doença.

Assistência em creches e pré-escolas. A Constituição anterior não previa esse direito. A atual não só o registra em favor dos trabalhadores em benefício de seus filhos mas o estende a todos no art. 208, IV (v. infra).

XXVI --- reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Convenções coletivas de trabalho. As convenções coletivas de trabalho se destinam a regular as relações de trabalho de toda uma categoria profissional. São, portanto, um contrato coletivo em que tanto contratantes como contratados são categorias e não pessoas individualmente consideradas. Consistem essas convenções num instrumento eficaz no estrangeiro para a prevenção de conflitos de trabalho. A Constituição em vigor repete neste passo o que já estava na anterior (art. 165, XIV), na de 1946(art. 157, XIII), na de 1937 (art. 137,b) e na de 1934 (art. 121, δ 1.j).

Acordos coletivos. O âmbito do acordo é mais restrito que o da convenção. Abrange como partes, não categorias mas grupos de trabalhadores e patrão ou patrões. Assim, no âmbito de uma empresa pode haver um acordo coletivo, quando não há uma convenção que seja a categoria que se inscrevem os seus trabalhadores. Note-se que a lei deverá prever qual prevalece, a convenção ou o acordo, se ambos abrangerem como sujeitos os trabalhadores de determinada empresa.

XXVII --- proteção em face de automação, na forma da lei;

Proteção em face da automação. A automação em si não é um mal. Ao contrário, é hoje a mola do progresso tecnológico. Deverá este, na verdade, aliviar o homem do fardo de determinados trabalhos, inclusive poupando-lhe tempo para o desenvolvimento da personalidade.

Entretanto, a experiência mostra que, a curto prazo, a automação reduz postos de trabalho. É tendo isto em mente e visando a proteção ao direito de trabalhar que a Constituição vigente estabeleceu esta norma. Não tem ela símile no direito anterior. Evidentemente, dirige-se ao legislador.

XXVIII --- seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Seguro contra acidentes. A matéria já vinha no direito anterior. A Constituição de 1934 o previra no art. 121, § 1.º h; a de 1937, no art. 137, m; a de 1946, no art. 157, XXVII; a de 1967, no art. 165.XVI (da redação da Emenda n. 1/69).

Indenização por dolo ou culpa. A inovação desta Constituição está em que o seguro contra acidentes não exonera o empregador da obrigação de indenizar, se comprovada a sua culpa, ou, a fortiori, seu dolo.

XXIX --- ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de ;

Prescrição. O direito constitucional anterior deixava à lei ordinária a disciplina da prescrição decorrente de relações de trabalho. A nova Constituição entendeu relevante regular ela própria a extinção do direito de ação pelo decurso do tempo, no tocante a tais relações.

a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

Termo “a quo”. O prazo de extinção do direito de ação, em decorrência de relação do trabalho, sempre começa a correr do ato ou fato que ensejaria o recurso ao Judiciário.

Termo “ad quem”. Em relação ao trabalhador urbano, a extinção do direito de ação ocorre, ou quando se completarem cinco anos da ocorrência do fato ou ato que ensejaria o ingresso em juízo, ou decorrido dois anos da extinção do contrato de trabalho, qualquer que seja a causa desta extinção.

A prescrição --- torne-se claro --- se dá ao ocorrer o decurso deste prazo de dois anos e a extinção do contrato de trabalho, mesmo que não se tenham passado os cinco anos do ato ou fato.

b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;

Termo “a quo” e “ad quem”. Em relação ao trabalhador rural, o início do prazo prescricional é sempre a data da extinção do contrato de trabalho. Não ocorre a prescrição dura e a vigência deste contrato. O termo ad quem é sempre de dois anos, após a extinção do contrato de trabalho.

Entretanto, o art. 233 da Constituição (v. infra) estabelece que, de cinco em cinco anos, o empregador comprovará perante a Justiça do Trabalho o cumprimento das obrigações trabalhistas, relativamente ao trabalhador rural.

Assim, pela lógica, não poderá o trabalhador rural, após essa comprovação, pleitear direito algum que teria sido adquirido antes dela. A coisa julgada o impedirá.

XXX --- proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil;

Diferença de salários. A proibição de diferenças de salários é a aplicação do princípio geral de isonomia, consagrado pela Constituição no art. 5., caput (v. supra). Também repete, embora em termos menos técnicos, o que consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, art. 23, n. 2, onde se lê: “Toda pessoa tem direito, sem qualquer discriminação, a igual salário por trabalho igual”.

Ao explicitar os critérios de diferenciação que repudia, a Constituição vigente acrescenta, aos de sexo, cor e estado civil que a anterior apontava (art. 165.III), o de idade. Este, aliás, constava do art. 157. II. da Constituição de 1946, bem como o de nacionalidade. Na atual não se fala neste último como não falava a de 1967 (Emenda n. 1/69).

Vale observar que a Constituição vigente, ao proibir a diferença de salários, não menciona dois motivos que eram citados no preceito equivalente da Constituição de 1946 (art. 157,II). Com efeito, nesta Constituição proibia-se a diferença de salários não só por motivo de sexo e estado civil, mas também por motivo de idade e de nacionalidade. (Não se referia o texto de 1946 à questão da cor), Não se conclua daí, porém, que hoje é lícito o estabelecimento de diferenças de salários em razão de idade ou de nacionalidade. Quanto a esta última cumpre lembrar que o caput do art. 5. é expresso no tocante à igualdade de direitos entre o brasileiro e o estrangeiro, de modo que qualquer diferença há de ser fixada expressamente no próprio texto constitucional para poder prevalecer.

Note-se que a menção feita a sexo, cor, estado civil, etc, é meramente exemplificativa. A intenção do constituinte foi indiscutivelmente a de proibir qualquer diferença de tratamento de caráter discriminatório.

Critério de admissões. Foi a Constituição de 1967 a primeira a lembrar-se, explicitamente, de proibir o tratamento discriminatório em relação à admissão do trabalhador. Trata-se de preceito louvável e necessário, uma vez que, na prática, a discriminação, especialmente em razão de sexo e cor, se faz sentir mais no tocante às admissões do que no concernente à remuneração.

XXXI --- proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Discriminação por deficiência. Tem-se aqui outra projeção do princípio da igualdade (v. art. 5., caput) que a Constituição teve o cuidado de enunciar. É evidente, porém, que não envolve discriminação a recusa de admissão de deficiente para tarefa cuja execução adequada a deficiência específica impede ou dificulta sobremaneira.

XXXII --- proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

Igualdade de trabalho e de trabalhadores. O texto em estudo simplesmente reitera, aplicando ao trabalho e ao trabalhador o princípio da igualdade que a Constituição consagra no art. 5. caput (v.supra). De fato, neste dispositivo já esta a proibição das discriminações em razão do trabalho.

XXXIII --- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;

Proibição de trabalho. Editam-se aqui normas destinadas a proteger os menores, por meio da proibição do trabalho que se presume nocivo a eles, em razão ou de sua fraqueza ou de sua inexperiência.

O trabalho é proibido de modo geral e rigoroso a todos os menores de quatorze anos. Volta-se destarte à idade mínima para o trabalho que estabelecia a Constituição de 1946 (art. 157, IX). Sob a Constituição anterior (Emenda n. 1/69, art. 165,X), tal idade fora reduzida para doze anos.

Muito contestada foi essa redução. Evaristo de Moraes Filho, em seu trabalho “Da Ordem Social na Constituição de 1967”(in Estudos sobre a Constituição de 1967, cit., p. 198-9), observa que a mesma contraria, por um lado, a tendência do mundo moderno, no sentido de fazer subir a idade mínima para o ingresso do menor na população ativa “por motivos de ordem biológica, social e mesmo econômica”. Igualmente, essa redução colidiria com convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil, como a Convenção Internacional n. 5 (de 1919) e a de n. 58 (de 1936) “que fixam a idade mínima de quatorze anos para os trabalhos industriais e a de quinze para os trabalhos marítimos”.

XXXIV --- igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

Igualdade. Outra projeção do princípio de igualdade é enunciada aqui. Judiciosamente, observa Amauri Mascaro Nascimento (Direito do trabalho na Constituição de 1988, cit., p.203) que a aplicação desta norma exige “a verificação prévia da compatibilidade ou não entre o direito previsto em lei para o trabalho contínuo do empregado e a natureza descontínua do serviço pelo avulso”.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, como a sua integração à previdência social.

Trabalhadores domésticos. Não havia no direito constitucional anterior pre-equivalente. Trata-se, pois, de inovação desta Constituição de 1988 o reconhecimento determinados direitos trabalhistas ao empregado doméstico, o que antes apenas se fez legislação ordinária. Depreende-se do texto que o trabalhador doméstico fica sujeito a um regime especial, pois somente alguns dos direitos reconhecidos ao trabalhador urbano ou rural lhe são conferidos. Este parágrafo, portanto, tem o sentido de uma exceção à regra geral fixada no caput do art. 7.

Art. 8. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

Associação profissional. Eis aqui um caso particular da liberdade de associação já consagrada no art. 5., XVII, XVIII, XIX e XX, da Constituição (v.supra). Lá já se garantem a liberdade de constituir uma associação, o direito a existência da associação constituída e também a liberdade de aderir a uma associação e contribuir para sua fundação, Neste passo, precisa-se esse direito relativamente às entidades formadas para a defesa de interesses profissionais, evidentemente englobando pessoas que exercem o mesmo gênero de atividades.

Historicamente, as associações profissionais ligam-se às corporações medievais. Como é sabido, a Revolução Francesa, em nome do liberalismo econômico, foi bastante hostil a estas. Houve por bem, mesmo, extinguir todas as corporações de ofício, o que se fez pelo Decreto de 12 de Março de 1791 e pela lei Le Chapellier, de 13 de Junho desse mesmo ano. No pensamento econômico e político da época essas associações eram eminentemente condenáveis, porque de um lado pervertiam a vontade geral, interpondo entre o indivíduo e o Estado agrupamentos centrados em torno de interesses particulares, de outro, perturbavam o livre jogo das leis econômicas dificultando a ação relativamente a salários da lei da oferta e da procura.

No direito brasileiro, a Constituição de 1824, no art. 179. § 25, proibia as corporações, o que foi interpretado como vedando a instituição de associações profissionais. A Constituição de 1891 era a esse propósito omissa. Durante a sua vigência, aliás, deram-se as primeiras tentativas de se constituir no Brasil as primeiras associações profissionais. Pela Constituição de 1934, no art. 120, parágrafo único, tornou-se lícita a existência de associações profissionais. A mesma orientação foi seguida, no direito posterior, pelas Constituições de 1937 (art. 138), de 1946(art. 159) e de 1967, na primeira redação (art. 159), e depois no art. 166 da Emenda n. 1/69. Na sistemática constitucional e no direito positivo brasileiro, distingue-se entre a associação profissional e o sindicato (v.infra).

A associação profissional está regida, de um modo geral, pelas mesmas regras de organização das demais associações. Apenas a criação do sindicato, ou seja, a transformação da associação profissional em órgão de representação oficial de uma classe de trabalhadores é que depende dos requisitos previstos na lei adiante anunciada.

I --- a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público e a interferência e a intervenção na organização sindical;

Requisitos para a fundação do sindicato. A lei deverá estipular os requisitos necessários para a instituição de um sindicato. Inclusive tem de fazê-lo, para que a representação oficial de categoria de trabalhadores não fique em mãos de uma entidade inexpressiva.

Entretanto, quer a Constituição libertar o sindicato da tutela estatal. Por isso, proíbe que dê ao Poder Público interferência na instituição do sindicato, a a fortiori pela autorização. Porém, apenas que a lei exija um registro perante a Administração. Tal registro é, aliás, instrumento indispensável para que possa ser cumprido o princípio da unicidade sindical (v.inc. II).

Interferência e intervenção. Veda a Constituição que a lei admita a interferência do Poder Público na vida do sindicato. Mais, proíbe a intervenção nele. Assim, em caso de irregularidade no sindicato, somente se poderá aplicar a regra geral prevista para as associações: a suspensão ou dissolução judicial (v. art. 5.,XIX). Isso, porém, não exclui o estabelecimento de um registro ou controle outro, na medida em que necessário para assegurar a unicidade sindical, numa determinada área de atuação (v. item seguinte).

II --- é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

Unicidade sindical. A Constituição em vigor optou claramente pela unicidade sindical. Não podendo haver, na mesma base territorial, mais do que uma entidade sindical, no mesmo grau, representativa de categoria profissional ou econômica.

Era ambíguo o texto da Constituição anterior (art. 166 da Emenda n. 1/69), que repetia o de 1946 (art. 159). O estabelecimento da pluralidade sindical parece mesmo ter sido a intenção do constituinte em 1946. De fato, constava do art. 159 daquela Constituição a afirmação da liberdade de associação profissional ou sindical. Ora, a consulta aos anais dessa constituinte mostra bem claramente a idéia de que a liberdade sindical se identificava no pensamento dos constituintes, pelo menos, em sua maioria, com a pluralidade sindical (cf. José Duarte. A Constituição brasileira de 1946, v.3.p. 129 e s.).

III --- ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Sindicato. No direito brasileiro, o sindicato é uma associação profissional que, em virtude do preenchimento de certos requisitos, goza de prerrogativa de representar toda a classe perante o Estado ou perante outros sindicatos. O sindicato é, pois, uma associação profissional reconhecida pelo Estado como representativa de toda uma classe de trabalhadores.

Direitos e interesses coletivos e individuais. Explicita o texto em exame caber ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria”. A redação não é das mais claras. Deve-se entender que ao sindicato é atribuída a função de defender os direitos de toda a categoria (coletivos, portanto), como os decorrentes de um contrato coletivo de trabalho; os interesses da categoria toda, que representa, o que ocorre nos dissídios coletivos, e que pode ele ser incumbido de defesa de direitos de membro, ou membros específicos, integrantes da categoria, ou de seus interesses. Nestas duas últimas hipóteses, deve ele ser autorizado pelo interessado. Com relação



a direitos e interesses individuais está o sindicato na situação das entidades associativas em ger. art. 5., XXI).

IV --- a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo de representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei

Imposto sindical. O Texto em estudo consagra implicitamente o chamado imposto sindical, contribuição compulsoriamente arrecadada aos trabalhadores, destinada à manutenção das associações sindicais. É a “contribuição prevista em lei”. A extinção dessa contribuição era recomendada por muitos autores de renome, como Evaristo de Moraes Filho, como necessária para a criação de uma organização sindical, viva e autônoma, no Brasil. Com efeito, o imposto sindical era por eles considerado como um instrumento de corrupção, seja por permitir a organização e a manutenção de sindicatos inautênticos, seja por manter na dependência do Poder Público a criação dos mesmos sindicatos.

O citado Evaristo de Moraes Filho é candente a respeito do texto em epígrafe “representa este parágrafo um retrocesso, pois a tendência do imposto sindical se fazia no sentido de desaparecer de vez da legislação ordinária. O Brasil é o único país do mundo que o mantém depois de o haver copiado da legislação fascista do trabalho. Enquanto houver imposto, não haverá liberdade sindical, já que a ele estão sujeitos inclusive os não sindicalizados. Com imposto não haverá nunca o sindicalismo autêntico e democrático entre nós”(Da ordem social da Constituição de 1967, in Estudos sobre a Constituição de 1967, cit., p. 202).

Está hoje extinta essa contribuição.

Contribuição confederativa. Essa contribuição é inovação da Constituição em vigor. Enquanto o “imposto sindical”era constituído pela lei, esta outra contribuição é decidida pela assembléia sindical. Mas, adotada pelo sindicato, onera toda a categoria.

V --- ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato;

Filiação sindical. O preceito em estudo consagra e reitera a liberdade de filiar-se a uma associação sindical ou permanecer nela inscrito.

Violarão, portanto, a Constituição atos ou práticas que visem a obstar que o trabalhador se filie ou se mantenha filiado ao sindicato; ou que visem a impor-lhe essa filiação ou permanência.

VI - é obrigatório a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Participação obrigatória dos sindicatos. No direito constitucional anterior não constava esta exigência. Posta em termos gerais como está, ela impõe a participação dos sindicatos de empregados e empregadores em todas as negociações coletivas, quer em nível de categoria, quer em nível de empresa.

XII --- o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

Participação do aposentado. Nada havia a respeito no direito constitucional anterior norma adotada permite que um ex-trabalhador, ou um ex-empregador, continue na direção organização sindical. A possibilidade atende ao establishment sindical; atenderá ao interesse sindicalizados? Não servirá para uma esclerose das direções sindicais?

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro de candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Proibição de dispensa. O direito constitucional anterior não se preocupou com o assunto. A nova Carta fê-lo para assegurar uma garantia de estabilidade (e indiretamente de liberdade de ação) ao empregado sindicalizado que é ativo na vida sindical, seja como candidato à direção, seja como dirigente da entidade.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Extensão. Depreende-se deste texto que as normas acima são próprias dos sindicatos urbanos; elas se aplicam aos sindicatos rurais, às colônias de pescadores, desde que atendam a condições que a lei estabelecer. Esta lei ---sublinhe-se--- deve estabelecer condições, requisitos para que o sindicato rural (ou a colônia) goze do status ao sindicato urbano; não poderá negar-lhe, desde que preenchidas tais condições, nenhum dos direitos do sindicato urbano.

Art. 9. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Greve. O direito de greve, ou seja, a recusa coletiva e concertada do trabalho por parte dos trabalhadores, tendo em vista o atendimento de uma reivindicação social está no direito constitucional desde a Constituição de 1946. Esta adotou posição diametralmente oposta à da Carta de 1937, a qual proibia a greve, que considerava recurso anti-social.

Frisa o texto em exame que aos trabalhadores é dado decidir sobre a oportunidade de exercer o direito de greve. Tal referência insiste no óbvio, salvo no aspecto de que não poderá ser decidida a greve sem que os próprios trabalhadores, e não apenas seus órgãos representativos como os sindicatos, a aprovem.

Também aponta o texto que aos trabalhadores é dado determinar quais interesses que, por meio de greve, pretendam defender. Isto igualmente é óbvio. Vale, todavia, observar que, em virtude de o direito de greve ser um direito social, inscrito no capítulo a esses direitos dedicado pela Constituição, deve-se entender que o interesse a ser reivindicado por meio dela seja também social. Quer dizer, o trabalhador pode recorrer a greve para obter o atendimento a uma reivindicação de natureza trabalhista, nunca para buscar o atendimento de reivindicações políticas e outras.

§ 1. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sob atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Greve em atividades essenciais. O art. 162 da Constituição anterior proibia a greve serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”, o que configurava excessão ao direi greve concedido no art. 165, XXI.

A Constituição em vigor não mais proíbe a greve nas atividades essenciais ou nos ser públicos (v. sobre a greve de servidores públicos o art. 37, VII). Entretanto, condiciona o exercício do direito de greve em serviços ou atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Assim, deve-se entender que, nesses serviços ou atividades, um mínimo tem de continuar em funcionamento, a fim de possibilitar o atendimento de necessidades essenciais.

É evidente que cabe à lei definir quais sejam esses serviços ou atividades essenciais e também fixar qual o mínimo de atendimento que deve ser assegurado.

§ 2. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Abuso do direito de greve. Foi expressa a Constituição ao aplicar ao direito de greve a doutrina do abuso do direito. Esta possui raízes no direito romano clássico, segundo se vê de textos de Gaio (“male enim nostro jure uti non debemus”), de Paulo (“non omne quod licet honestum est”); está presente nos códigos modernos (no CC brasileiro transparece do art. 81) e foi aplicada aos direitos fundamentais desde o momento em que estes deixaram de ser vistos como absolutos e sim como relativos (Jean Rivero, Les libertés publiques, Paris, PUF, 1973, v. 1, p. 98)

Na obra clássica sobre o assunto, Josserand ensina que “o abuso consiste... em por o direito a serviço de fins ilegítimos, porque inadequados à sua missão social”(Louis Josserand, De L’esprit des droits et de leur relativité.---Théorie dite de L’abus des droits, 2. ed., Paris, Dalloz, 1939, p.254). E aponta ele que o abuso se manifesta por quatro formas diferentes: “intenção de prejudicar (caracterização intencional do abuso); incorreção no exercício do direito (caracterização “técnica”); falta de interesse legítimo (caracterização “econômica”); e “desvio do direito de sua finalidade social (caracterização pelo critério social ou finalista) (De l’esprit des droits et de leur relativité, cit., p. 366).

Assim, a lei deve apenas o exercício abusivo do direito de greve. Quer dizer, a greve com o fito preponderante de prejudicar a empresa, a greve que se exerça de modo a causar prejuízos anormais à vida da empresa, a greve desligada de objetivo reivindicativo de caráter trabalhista, a greve política etc. Igualmente, como é óbvio, a greve que em serviços ou atividades sociais se faça sem resguardar o atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Participação de trabalhadores em colegiados de órgãos públicos. Tem-se aqui um embrião da co-gestão prometida, excepcionalmente, é verdade, no art. 7., XI, da Constituição

(v.supra). O texto dá participação aos trabalhadores nos colegiados de órgãos públicos em que s objeto de discussão e de deliberação assuntos de seu interesse profissional ou previdenciário estabelece como se dará essa participação, que evidentemente se fará por uma representação, acena com os poderes desta. A norma, portanto, não é auto-executável; depende de regulamentação legal.

Note-se que a participação é em “órgãos públicos”, portanto, em órgãos administrativo administração direta ou autárquicos. Essa participação não envolve o colegiado de empresas estatais, a fortiori de sociedades de economia mista.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante deste com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento com os empregadores.

Representante dos empregados. Está aqui outra forma embrionária da co-gestão, que, a título excepcional, a Constituição promete no art. 7. XI (v.supra).

A representação aqui prevista não envolve a participação nas deliberações dos órgãos diretivos da empresa; tem claramente o papel de um canal de ligação. Deverá servir para levar a tais órgãos a opinião ou as reivindicações dos empregados, bem como trazer até estes a resposta a essas manifestações.

A matéria exige evidentemente disciplina legal, que estipule o modo de eleição de tais representantes, seu número, seu status, suas atribuições, etc.

Texto gentilmente cedido por **Antônio Queiroz** (metodos@uol.com.br)



www.sti.com.br