

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

*Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí. Professor livre-docente de
Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO

TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO

VOLUME I — PARTE I



LTR
EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571

CEP 01224-001

São Paulo, SP - Brasil

Fone (11) 2167-1101

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: RLUX

Projeto de capa: FÁBIO GIGLIO

Impressão: ESCOLAS PROFISSIONAIS SALESIANAS

LTr 44622

Outubro, 2011

Visite nosso site
www.ltr.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Souto Maior, Jorge Luiz
Curso de direito do trabalho : teoria geral do
direito do trabalho, volume I : Parte I / Jorge
Luiz Souto Maior. — São Paulo : LTr, 2011.

Bibliografia.
ISBN 978-85-361-1780-5

1. Direito do trabalho 2. Direito do trabalho —
Brasil I. Título.

11-05972

CDU-34:331(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito do trabalho 34:331(81)
2. Direito do trabalho : Brasil 34:331(81)

UMA ORDEM PARA O CAPITALISMO: O DIREITO SOCIAL

Convém, neste instante, situar o leitor quanto ao que se viu até aqui e o que se verá adiante, para que se tenha uma noção do todo, facilitando, assim, a compreensão das abordagens.

Passados mais de cem anos do início da Revolução Industrial na Inglaterra, considerando o percurso histórico apresentado que foi até o final do século XIX, o que se constata é que a razão liberal voltada exclusivamente para atender aos interesses econômicos do modelo capitalista em formação, repercutindo na configuração do Estado e do Direito, mesmo já tendo reconhecido, a partir do final da década de 1980, a importância de se chegar a uma ordem internacional para a economia, não foi capaz de encontrar a solução para os problemas identificados, que, ademais, eram parcialmente compreendidos, sobretudo porque desprezava, por razões de convicção teórica, a existência e a gravidade da questão social. Mesmo a legislação trabalhista criada não amenizou a questão, sobressaindo neste aspecto a sua ineficácia concreta, constituindo-se, portanto, apenas um voo de águia, passeando tranquila sobre o problema, mais uma aventura burguesa pautada unicamente pela busca de uma estratégia para gerar a sensação de que a ordem liberal pudesse conferir benefícios aos trabalhadores e quebrar, assim, sua organização política. A legislação trabalhista inserida no contexto do Direito vigente (o Direito Civil), cujos pressupostos teóricos eram estabelecidos a partir do respeito à liberdade contratual, favorecendo a compreensão de que as obrigações jurídicas só se estabeleciam pelo instituto do contrato, mantinha a lógica de que a utilização da força de trabalho na produção industrial era apenas o resultado inevitável de ajustes de vontades, livremente manifestadas entre pessoas pressupostamente iguais, impossibilitando a visualização da injustiça, já que a cada um era dado o destino determinado por sua competência.

É assim que, sem uma evolução concreta, os problemas do século XIX perpassam para o século XX⁽¹⁾, sendo que no início deste verifica-se, ainda, uma espécie de aceleração das complexidades sociais, decorrente da implementação de novas técnicas

(1) Segundo Hobsbawm, a continuidade do processo faz com que o século XIX termine, efetivamente, em 1914, com o advento da Primeira Guerra Mundial, dando origem à sua expressão: "O breve século XX".

de produção. O "taylorismo" (1911) e o "fordismo" (1913) permitem uma produção ainda mais intensa e mais acelerada, potencializando os efeitos alienantes de mecanização. Além disso, a retórica da substituição do homem pela máquina enfraquece a força reivindicatória dos trabalhadores e o surgimento de novos inventos (aspirador, 1901; ar condicionado, 1902; luz neón, 1902; avião, 1903) faz acreditar-se ainda mais na sociedade da disciplina do trabalho. Acredita-se viver o período da "bela época" (*belle époque*), embora não fosse tão bela assim para todos...

Os movimentos revolucionários tornam-se a única alternativa viável aos trabalhadores. Chegar-se-á, assim, à Revolução Russa de 1917, que repercutirá em todo o mundo, como o primeiro ato da Revolução proletária, reforçando, de certo modo, a busca de uma nova racionalidade no "lado" capitalista.

Mas o aumento constante das complexidades político-econômicas, atingindo a esfera mundial, conduzirá a humanidade a uma guerra total, que restará conhecida, historicamente, como a Primeira Guerra Mundial. O resultado desastroso, de milhões de mortos, submeterá a inteligência humana a um desafio: reconstruir a sociedade a partir do postulado da justiça social. Em outras palavras, o desafio de estabelecer uma ordem para o convívio harmônico entre o capital e o trabalho, sendo certo que o ponto de equilíbrio dessa harmonia não é a eliminação da força reivindicatória dos trabalhadores, mas, bem ao contrário, permitir-lhe a livre existência a partir da compreensão de que se deve conferir ao trabalhador, por atos estatais concretos, uma melhora progressivamente constante de sua condição de vida, limitando-se, por conseguinte, a força do poder econômico.

A justiça social vai se inscrever, com todas as letras, no Tratado que põe fim à guerra, o Tratado de Versalhes. De tal documento sobressairá, ainda, a relevância da formação de um pacto social, com integração dos trabalhadores ao centro do poder, no mesmo nível de empresários e representantes dos Estados. A Organização Internacional do Trabalho, criada por compromisso firmado no Tratado de Versalhes, passará a funcionar mediante atuação de órgão deliberativo com participação ativa dos trabalhadores. O organismo marcará, ainda, o reconhecimento da criação de uma legislação trabalhista em nível internacional, destacando-se a preocupação com a efetivação das leis, fixando-se a conveniência da criação de uma instituição estatal voltada à inspeção nos locais de trabalho.

Ao mesmo tempo, as concepções revolucionárias, de cunho socialista, continuarão se alastrando pelo mundo, sobretudo na Alemanha. Esta, devastada pela derrota na guerra e assombrada pelo movimento revolucionário, lançará a ideia de uma social-democracia, com preceitos fixados na Constituição assinada em 1919, na cidade de Weimar.

A ideia de uma sociedade regida pelo Direito, construído a partir de preceitos sociais, identificando o Estado como gerenciador de políticas que interessem a toda a sociedade e não apenas à classe dominante, parecerá atraente e necessária. Terá início o movimento chamado de Constitucionalismo Social.

Não haverá, no entanto, concretamente, uma superação dos problemas políticos e econômicos em nível internacional, que apenas piorarão com a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929.

A este problema somar-se-á o advento do totalitarismo em alguns países, que buscarão se reerguer economicamente a partir do convencimento popular de que o motivo da desgraça interna é culpa do estrangeiro. A xenofobia ganhará força, e algumas manifestações raciais e étnicas alimentarão os ódios. A humanidade conhecerá a Segunda Guerra Mundial, que quanto aos efeitos será muito mais devastadora que a primeira.

Ao final desta conflagração, os homens chegarão, então, ao desafio inarredável de utilizar a razão para efetivar, definitivamente, a justiça social em nível mundial. A necessidade da regulação da vida, da economia, dos interesses, de tudo enfim, atingirá um patamar quase indiscutível. Essa será, num primeiro momento, a racionalidade que dará vida a um novo Direito, o Direito Social, cujos pressupostos teóricos constituirão a base de toda compreensão jurídica.

Mas, essa superação do Direito Liberal não se verificará completamente, gerando um momento contraditório de afirmação e negação do Direito Social, que proporcionará a divisão do Direito em ramos, para atender concomitantemente a duas lógicas contrapostas, a do interesse público e a do interesse privado, que se preserva sobretudo pelo interesse de manutenção do modelo capitalista de produção e por influência norte-americana, país que se torna hegemônico no pós Segunda Guerra Mundial e que, não tendo sofrido os efeitos devastadores das guerras — bem ao contrário — e apoiando-se em sua sólida raiz liberal, vai pôr-se em guerra declarada contra o avanço das ideias socialistas, que, de certo modo, influenciaram a formação da Social-democracia e, conseqüentemente, do Direito Social.

Essa tensão vai proporcionar a formulação teórica em torno dos denominados Direitos Humanos, em que a despeito de acolher uma nova racionalidade para a humanidade, vai acolher a mesma divisão temática, separando os direitos civis e políticos daqueles que convencionou chamar de “direitos sociais”. Assim, a “consciência humanística”, que se imaginara produzir após duas guerras mundiais, vai ser restrita ao ramo dos “direitos sociais”, os quais, além disso, serão abalados pelas ideias, desenvolvidas desde o advento do Constitucionalismo Social, de que as normas de caráter social têm natureza programática, isto é, não possuem coercitibilidade imediata, não gerando, pois, um direito subjetivo que pudesse ser exercido em face de alguém ou do Estado.

Longo será o percurso, a partir daí, para a afirmação do Direito Social como instrumento concreto de conformação da realidade na efetivação da justiça social. Esse, ademais, é o momento, como se verá, que está entre nós ainda hoje. Vale lembrar a propósito, que as transições históricas são longas e não se fazem sem resistências sem a interferência de períodos de retrocesso. Levaram-se mais de trezentos anos para que os laços do feudalismo fossem, de fato, rompidos. Com a ideia de um Direito Social conformando a realidade não será diferente. Momentos que buscam retroceder nesta caminhada, como se constituirá, o neoliberalismo, se assemelham, por isso, à luta dos monarcas, no século XIX, para retomar o Antigo Regime.

Na construção atual e definitiva dessa racionalidade, cumprem papel essencial os ramos do Direito que, na divisão historicamente produzida, se convencionaram chamar de direitos sociais, notadamente, o Direito do Trabalho e o Direito da Seguridade Social, pois nestes ramos foram mantidas, por questão de sobrevivência da ordem econômica, as bases do Direito Social, desenvolvidas por uma teoria alheia aos propósitos únicos das classes dominantes. Os resultados produzidos e a racionalidade progressiva no sentido da solidariedade e da elevação da condição dos seres humanos, porque atendem ao sentimento de justiça desenvolvido na consciência humana ao longo de seu percurso na terra, e que se mostram essenciais nas relações sociais sob o manto do capitalismo, tendem a se irradiar — o que de fato tem ocorrido — para os demais ramos jurídicos, alterando, enfim, a raiz do próprio Direito.

E, já não se podendo efetivar a objeção aos postulados dos direitos sociais a partir do argumento do caráter programático da norma, o que fora suplantado pela integração de seus valores à noção de princípios jurídicos, aos quais se conferiu não apenas força normativa, mas também o poder de atribuir o sentido das regras positivadas e mesmo de afastá-las, criando na lacuna deixada, um campo concreto de inserção do princípio na realidade social, passa-se ao momento de criar uma regra de calibração para os princípios, um postulado de ponderação, que põe em igual plano os valores liberais, ainda inscritos no conjunto das normas, visto este como um conjunto ordenado ou sistêmico, e, mais adiante, a um ataque direto deslegitimador dos direitos sociais, sobretudo do Direito do Trabalho.

Fato é que não se pode reduzir a relevância do Direito do Trabalho, evitando a sua compreensão por uma leitura histórica proposital ou inocentemente equivocada.

O Direito do Trabalho não é, como sugerem as leituras históricas descomprometidas, o fruto da intervenção do Estado do século XIX, ainda burguês, nas relações de trabalho, para a proteção dos “pobres” trabalhadores, com o fim de evitar as “maldades” dos empregadores. Afinal, se uma tal intervenção tivesse havido de forma concreta e eficaz no sentido da formação do Direito do Trabalho ainda no século XIX — e mesmo se tivesse sido possível — as complexidades acima narradas não teriam ocorrido.

A formação do Direito do Trabalho também não está ligada ao marco da divisão maniqueísta da luta do bem contra o mal. As complexidades vivenciadas no longo século XIX são atinentes a um mundo em formação, que, por conta das concepções liberais forjadas ao longo de séculos, não podiam ser entendidas completamente. Foi preciso chegar ao colapso para que os problemas em que a humanidade estava se inserindo pudessem ser plenamente vistos — e muitos hoje ainda insistem em não ver —, sendo certo, é claro, que a cegueira foi determinada, também, por muita conveniência e defesa de interesses.

Fato é que a partir de 1945, quando a Segunda Guerra termina — e mesmo antes disso — já não se poderia ter mais dúvida quanto à necessidade de se inserir na sociedade capitalista uma nova racionalidade, adquirindo o Direito e o Estado uma posição predominante.

Não se destina a presente obra a pôr em discussão a viabilidade do capitalismo, contrapondo-o aos ideais socialistas. O objetivo é bem mais limitado: compreender o Direito do Trabalho. A conclusão, diante do relato histórico feito, de que o Direito do Trabalho é um instrumento posto pelo modelo capitalista de produção para construção da justiça social não representa uma defesa do capitalismo.

Fato é que a estratégia efetivamente funcionará e o capitalismo conhecerá os seus denominados "30 anos gloriosos", que serão impulsionados, também, certamente, por mais uma grande invenção: a matéria sintética (1945), que proporcionou o barateamento dos produtos e ampliou o mercado de consumo, atingindo pessoas de menor renda. Até que ponto pode haver um equilíbrio entre produção e demanda por consumo e emprego, como base de sustentação do modelo? Eis a indagação que os economistas precisam responder. Ao jurista é importante saber que a eficácia do Estado do Bem-Estar Social foi proporcionada, politicamente, enquanto essa relação, dada a diminuição da população no pós-guerra, se manteve em equilíbrio, vendo-se abalada com a chegada ao mercado de trabalho da geração do "boom" do pós-guerra ao mercado de trabalho na década de 60, para que não se veja envolvido pela retórica de que fora o custo dos direitos sociais que gerara a crise econômica vivenciada nos anos 70, a qual, ademais, como veremos, estará muito mais ligada à perda da hegemonia norte-americana no cenário internacional do que a uma crise sistêmica do regime capitalista.

Essas questões, incluindo a compreensão metodológica do Direito do Trabalho, serão examinadas no curso da leitura da evolução histórica do século XX — até nossos dias —, que se segue.

Por ora, a narração história cumpre o seu papel de conferir ao Direito do Trabalho um grau de essencialidade em uma realidade social na qual produção e consumo conduzem os modos de vida.

1. PROLIFERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO OPERÁRIA NO INÍCIO DO SÉCULO XX

No início do século XX tem prosseguimento a tendência de expansão da legislação trabalhista nos diversos países.

No ano de 1900, em 13 de março, lei espanhola estabelece a proibição de contratar menores de dez anos, ou nove, se comprovadamente possuísem o ensino primário, para nenhum tipo de trabalho.

Essa lei, por questões de higiene, impedia, também, os menores de quatorze anos de trabalharem mais de seis horas na indústria ou oito no comércio, prevendo uma interrupção, em sua metade, para um descanso de uma hora; proibia o trabalho das crianças antes das sete da manhã entre os meses de novembro a março, ou antes das seis no restante do ano; impedia o trabalho noturno, assim considerado o realizado entre as sete horas da tarde e cinco da manhã; proibia o trabalho de crianças que não tivessem sido vacinadas ou se encontrassem doentes; determinava que o trabalho das