

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano V - Número 19
Julho a Setembro de 2013**

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Fernando Maximo de A. Pizarro Drummond

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva - BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira - RJ

Claudia Lima Marques - RS

Claudio Araújo Pinho - MG

Ester Kosovski - RJ

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - RJ

José Ribas Vieira - RJ

Luiz Dilermando de Castelo Cruz - RJ

Vitor Sardas - RJ

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2013.

Ano V – Número 19. Julho a Setembro de 2013

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Sumário

4 ROMITA, Arion Sayão

A Matriz Ideológica da CLT

86 LOBO, Jorge

Tag along: uma análise à luz da Escola do Realismo Científico

115 CASTELLAR, João Carlos

Direito penal e a criminalização da pobreza

124 LOBO, Augusto Haddock

**Retrogração do Direito do Trabalho – Locação de Serviço
Sob o Epíteto Terceirização – Projeto de Lei 4.430/2012**

A MATRIZ IDEOLÓGICA DA CLT

ROMITA, Arion Sayão ¹

Da Academia Nacional de Direito do Trabalho

*Amicus Plato, sed magis amica veritas**

Ao fim do Estado Novo predominou a “força do hábito” e faltaram as “disposições designadamente revogatórias”, como vêm sempre faltando nas tímidas e superficiais mudanças políticas ao longo da história nacional. Mais felizes foram a Itália e a Alemanha, que viram toda a antiga legislação totalitária expressamente revogada, iniciando-se um novo período institucional sem compromissos com o passado recente**.

1. Introdução

Ao ensejo do transcurso do septuagésimo aniversário da promulgação e da vigência da Consolidação das Leis do Trabalho (aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943; vigência: 1º de novembro do mesmo ano), torna-se oportuno revisar o tema da orientação política por ela perfilhada.

Não se trata de reavivar o pueril debate sobre a questão de saber se a CLT é “cópia” da Carta del Lavoro²: basta comparar a extensão de uma e de

outra, pois enquanto a CLT contém 922 artigos, a Carta italiana consta de 30 declarações.

Ao que consta, jamais alguém formulou semelhante sandice, pois a tese da “cópia” raia pela absurdez, ante sua evidente fragilidade.

Inegável, porém, é a influência que o ordenamento corporativo italiano exerceu (e continua a exercer, no que diz respeito à organização sindical) sobre a legislação trabalhista brasileira. Essa influência é ampla e abrangente, espraiando-se por todos os segmentos do Direito do Trabalho no Brasil. Ela é mais visível e persistente no capítulo da organização sindical, mas, no primeiro momento, era marcante na organização e no funcionamento da Justiça do Trabalho, alcançando mesmo, em certos aspectos, o direito individual do trabalho³.

O exame desse tema é útil para a compreensão do significado atual do Direito do Trabalho brasileiro.

2. Esclarecimento prévio

Não se trata, aqui, de fazer a história do Direito do Trabalho brasileiro, embora esta atitude mereça consideração. Como disse Palomeque López, “o Direito do Trabalho é uma categoria de impossível apreensão sem o cabal conhecimento do seu passado”⁴ e, nas palavras de Gino Giugni, “ todo sistema jurídico é filho de sua história e deve ser interpretado de modo crítico em relação a ela”⁵.

*ARISTÓTELES

Platão é meu amigo, mas a verdade é mais minha amiga.

**MORAES FILHO, Evaristo de. Quinze ensaios, São Paulo: LTr, 2004, p. 390-391.

¹ BIAVASCHI, Magda Barros. O Direito do Trabalho no Brasil 1930-1942, São Paulo: LTr, 2007, p. 20-21, 73, 115, 294.

³ ROMITA, Arion Sayão. O fascismo no Direito do Trabalho no Brasil 1930-1942, São Paulo: LTr, 2007, p. 20-21, 73, 115, 294.

⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M. –Carlos. Derecho del trabajo y ideología, 4ª ed., Madri: Tecnos, 1980, p. 19.

⁵ GIUGNI, Gino. Prospettive del diritto del lavoro per gli anni 80, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1983, p.5.

O Brasil não chegou a incorporar ao seu ordenamento jurídico a integralidade do Direito Corporativo italiano. O Direito do Trabalho brasileiro, porém, buscou inspiração no Direito Corporativo italiano, a partir da Revolução de 1930. As marcas ou influências que o corporativismo italiano imprimiu no direito brasileiro são indeléveis e estão, em boa parte, incorporadas à Consolidação das Leis do Trabalho.

A propósito, três esclarecimentos são oportunos.

Primeiro: não se procura inocular a ideia de que haja uma relação genética direta entre a regulação de dado instituto pelo regime corporativo e a legislação brasileira. A coincidência, no tempo, da presença de certos institutos lá e cá não induz necessariamente à formação originária do instituto brasileiro a partir do direito italiano, como se pode verificar, por exemplo, nos institutos de repouso semanal e das férias, entre outros.

Segundo: a análise crítica da legislação italiana, em certos casos negativa, não pode ser generalizada a ponto de abranger a totalidade do Direito Corporativo. Há institutos jurídicos italianos de feição positiva. Sirvam de exemplo os já citados institutos de repouso semanal e das férias. Não é por ter sido adotado pelo ordenamento fascista que determinado instituto será pernicioso ao direito brasileiro. Há normas jurídicas do ordenamento corporativo perfeitamente ajustadas ou adaptáveis ao regime democrático. Não se conduz o raciocínio ao extremo de se afirmar que, por ter sido acolhido pelo ordenamento fascista, tal ou qual instituto deveria ser extirpado do direito brasileiro.

Terceiro: a apreciação axiológica de certos institutos não deve ser confundida com a afirmação de que, por ter sido consagrado pelo ordenamento corporativo, determinado instituto tem "origem" fascista. O fascismo não "inventou" o direito. O ordenamento fascista fez uso político de certos institutos, de modo a afeiçoá-los a seus propósitos políticos. Por tal motivo, ao ser criticada a influência da normatividade italiana sobre o direito positivo brasileiro, leva-se em conta tal influência perniciosa. É o uso político de certos institutos (por exemplo, o poder normativo da Justiça do trabalho) que merece a reprovação manifestada a respeito de determinados assuntos.

Importa destacar, por outro lado, a estreita vinculação entre o político e o jurídico no campo da regulação das relações de trabalho. A íntima conexão entre os fatores de ordem política e jurídica é intensamente sentida no seio do Direito do Trabalho, também no individual sem dúvida, mas sobretudo no Direito Coletivo do Trabalho. A atitude da lei muda radicalmente perante o instituto da greve: incompatível com o corporativismo, é plenamente aceita no regime democrático.

O influxo do fascismo italiano sobre o Direito do Trabalho brasileiro é um bem ou um mal? A resposta depende da posição política de cada qual. Ainda existe, difusa no inconsciente coletivo dos brasileiros, uma forte tendência favorável ao fascismo.

A ideologia política professada nem sempre é explicitada, por vezes não é sequer claramente trazida ao nível da consciência. Comanda, no fundo, as convicções doutrinárias quase sempre assumidas em defesa da posição conservadora tendente à preservação do *status quo*, que coincide com a defesa dos interesses pessoais, materiais e imediatos dos envolvidos no processo social.

No sentir de quem redige estas linhas, o fascismo é um mal. Por isso sua influência sobre o direito brasileiro deveria ser totalmente erradicada. A influência do corporativismo italiano está na raiz dos males que afligem (vêm afligindo há muito tempo) a sociedade brasileira, principalmente no campo das relações de trabalho. Urge reverter esta situação, empurrando o Brasil para o domínio da democracia, a fim de implantar os métodos democráticos na disciplina das relações de trabalho. Cumpre dar aplicação prática ao princípio estruturante contido no art. 1º da Constituição de 1988: o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Não é tarefa das mais fáceis, dadas as resistências conhecidas, partidas daqueles que se beneficiam com o atual estado das coisas, que são quase sempre os que ocupam os postos de tomada das decisões. Este é, portanto, um trabalho de Sísifo. E o será ainda, durante bastante tempo. Obra para gerações. Só a sucessão de gerações é capaz de alterar mentalidades. Assim se fará a história...

3. Corporativismo italiano

Relata Gaetan Pirou que, no início dos debates desenvolvidos durante a reunião dos economistas de língua francesa em 1936, verificou-se, não sem surpresa, que a palavra corporativismo não correspondia a uma ideia clara nem possuía um conteúdo nítido no espírito da maioria dos participantes⁶.

Na Itália, após a implantação do fascismo em 1922, debateu-se a definição de estado corporativo. Evocando Gabriele D'Annunzio, participaram dos debates – além, naturalmente, de Benito Mussolini – Giovanni Gentile, Alfredo Rocco, Giuseppe Bottai, Sergio Panuzio, Carlo Costamagna, entre muitos outros.

É do último autor citado o seguinte trecho expressivo: “O estado corporativo compõe numa superior unidade, dominada por uma única vontade, todas as forças do País sem exclusão alguma e, controlando-as, dirige-as para os fins essenciais da nação, os quais transcendem tanto as formações dos partidos quanto as dos sindicatos; estes são utilizados como órgãos indiretos da ação do Estado”. E esclarece que dá preferência à denominação Estado corporativo, embora deixando bem claro que essa expressão equivale a Estado fascista.⁷

Deixando de lado as divergências de cunho puramente especulativo, depreende-se que os teóricos buscavam, em última análise, definir o conjunto de normas aptas a disciplinar o ordenamento profissional da vida sócio-econômica do país com base nas corporações, órgãos do Estado. O regime corporativo, segundo a concepção predominante entre os autores italianos, pressupunha a organização econômica do Estado através das corporações. Fora da Itália, o aspecto econômico perde relevo.

⁶ PIROU, Gaetan. *Essais sur le corporatisme*, Paris: Sirey, s/data, p. 114.

⁷ COSTAMAGNA, Carlo. *Diritto Corporativo italiano*, 2ª ed., Turim: UTET, 1928, p. 43.

Para Mihail Manoïlesco, o corporativismo seria “o sistema político no qual a única fonte do poder legislativo supremo é constituída pelas corporações”, sendo a corporação “uma organização coletiva e pública composta da totalidade das pessoas (físicas e jurídicas) que desempenham em conjunto a mesma função nacional”⁸.

O certo é que o regime corporativo supõe a existência de corporações, valendo lembrar a definição que Cunha Gonçalves oferece para *corporação*: “É o agrupamento legal de associações representativas, unidas pelos interesses comuns, quer de categorias econômicas ou constitutivas de forças da produção, unidas pelos interesses comuns, quer de categorias não econômicas, às quais o Estado atribui personalidade jurídica e confere atribuições de interesse público e funções políticas englobando-as na sua organização, a fim de realizar a finalidade suprema da Nação”⁹. Como se vê, não se trata das entidades próprias do *ancien régime*, abolidas pela Revolução Francesa de 1789, mas de entidades criadas pelo moderno Estado totalitário, o qual se propõe organizar a produção nacional segundo uma disciplina unitária, de feição autoritária.

Esta a principal aspiração do Estado corporativo: restabelecer o equilíbrio entre as classes sociais, colocando-se acima delas, como moderador, regulador, e sobretudo como organizador – é o que se lê na obra de Guido Bortolotto¹⁰. Atribui-se ao Estado o papel de absorver por completo a atividade, seja de quem for, indivíduo ou ente coletivo: é o Estado onipresente, tirânico, ditatorial. Nada pode ser organizado no plano da iniciativa privada, nada escapa à vigilância nem ao poder estatal. O próprio cidadão se confunde com o Estado, já que perante este é responsável: nas palavras de Ugo Spirito, o “cidadão responde, perante o Estado, por todos os atos de sua vida, porque o fim desta é o mesmo que o do Estado e, portanto, tudo que dele se diferencie, ou a ele se oponha, ou, ainda, dele se julgue

⁸ MANOÏLESCO, Michail. Le siècle du corporatisme, Paris: Librairie Felix Alcan, 1936, p. 163 e 176.

⁹ GONÇALVES, Luís da Cunha. Princípios de direito corporativo, Lisboa: s/edit., 1935, p. 122.

¹⁰ BORTOLOTTI, Guido. Política corporativa, Milão: Ulrico Hoepli, 1934, p. 143.

independente, é ilegítimo”¹¹. O poder de controle do Estado adquiriu expansão ilimitada, justificando o “totalitarismo”, assim enunciado por Mussolini: “Tudo no Estado, tudo pelo Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”¹². Dá-se no estado corporativo fascista a completa identificação entre os dois termos – sociedade e Estado ¹³.

Segundo as diretrizes expedidas pela Carta del Lavoro, o ordenamento corporativo se vale de dois meios para submeter os interesses particulares ao interesse nacional: a) organização das forças produtivas; b) intervenção do Estado. O primeiro desses meios é representado pelo fenômeno característico da vida social moderna, qual seja o sindicalismo. A política sindical é pressuposto e, mesmo, capítulo inicial da política corporativa. É sobre a organização sindical das categorias produtivas que se apoia o ordenamento corporativo, a fim de propiciar ao Estado a coordenação das atividades dessas mesmas categorias. E os conflitos coletivos de trabalho – que têm por objeto a formação de disciplina unitária das relações de trabalho – encontram solução na atividade de Magistratura del Lavoro: esta se inclui no quadro da organização corporativa, porque não passa de instrumento com o qual o Estado intervém na solução dos dissídios coletivos de trabalho, segundo a declaração V da Carta del Lavoro¹⁴.

Portanto, o Estado corporativo, onipresente, dispõe sobre todos os assuntos que dizem respeito ao social: desde a regulamentação das relações individuais de trabalho, passando pela política sindical, até desembocar na solução dos dissídios do trabalho, individuais ou coletivos. Nada resta ao particular: o Estado vê tudo, sabe o que é melhor para cada um, a tudo provê.

¹¹ SPIRITO, Ugo. Princípios fundamentais de economia corporativa, trad. Antonio Pérez Durão, Lisboa: Livraria Clássica, 1934, p. 29-30.

¹² MUSSOLINI, Benito. El fascismo expuesto por Mussolini, apud HERNÁNDEZ SANDOICA, Elena. Los Fascismos europeos, Madri: Istmos, 1992, p. 127.

¹³ ZANOBINI, Guido. Corso di diritto corporativo, 6ª ed., Milão: Dott. A. Giuffrè, 1942, p. 24.

¹⁴ SFORZA, Windar Cesarini. Corso di diritto corporativo, 2ª ed., Pádua: Cedam, p. 34-36.

Essa ideologia exerceu notória influencia no Brasil. E – extraordinário! – apesar de não vivermos mais os dias de 1937-1945, a legislação por ela inspirada continua em vigor até hoje! O regime corporativo desapareceu da Itália, em Portugal, na Espanha. A nova organização democrática desses países revogou toda a legislação corporativa, eliminou todos os institutos criados pelo regime anterior; todavia, isto não se deu no Brasil, apesar da alteração dos rumos políticos, ocorrida em 1945. Sem dúvida, o regime corporativo é incompatível com a democracia. Na Itália, com a abolição do regime corporativo, deu-se a ab-rogação de toda a legislação fascista, porque incompatível com o novo ordenamento democrático, portanto antitotalitário e antifascista, do Estado italiano do pós-guerra¹⁵. Na verdade, “todo o ordenamento corporativo-fascista, como qualquer ordenamento de base autoritária, era institucionalmente incompatível com o princípio de liberdade...” (Luisa Riva Sanseverino). No Brasil, porém, a legislação do Estado Novo sobreviveu à redemocratização verificada em 1945...

Vejamos agora como repercutiram entre nós, no plano doutrinário, as ideias corporativistas.

4. O corporativismo no Brasil

Em 10 de novembro de 1937, o ditador Getúlio Vargas outorgou a Carta autoritária e corporativista que instaurou o chamado Estado Novo. Vivia-se, então, uma fase histórica em que as ideias autoritárias e corporativistas estavam em pleno vigor: na Alemanha, o nazismo de Adolf Hitler; na Itália, o fascismo de Benito Mussolini; na Espanha, o nacional-sindicalismo de Francisco Franco; em Portugal, o corporativismo de Oliveira Salazar.

Como observa Evaristo de Moraes Filho, “cada época tem uma direção predominante de ideias; se não de ideias, pelo menos de ideais. Por isso, todos os movimentos da cultura humana apresentam, em cada época, os mesmos

¹⁵ PERGOLESI, Ferruccio. *Diritto del lavoro*, 3ª ed., Bolonha: Dott. Cesare Zuffi, 1949, p. 39.

postulados fundamentais. Como que há no ar uma combinação tácita entre todos, assim como uma espécie de manifesto prévio”¹⁶.

A “direção predominante de ideias”, “o postulado fundamental” das ideias políticas, no Brasil após a Revolução de 1930, afinava pelo diapasão do corporativismo, notadamente no capítulo da organização sindical, como assinalam diversos autores.

Escreve Rezende Puech: “com isenção de ânimo, friamente analisado em seus preceitos, o decreto 19.770 abria, na sistemática sindical do país, a era da subjugação do sindicato pelo poder público, eis que fazia do órgão de classe um instrumento do Estado”¹⁷. Mais tarde, de forma mais ampla, assim se expressa o mesmo autor: “É notória a forte influência que exerce sobre nossa legislação sindical e trabalhista o corporativismo, ainda que repellido este, da Itália, em 1943”¹⁸.

Eis a lição de Octavio Bueno Magano: “Com o advento do Decreto nº 19.770 de 19 de março de 1931, implantaram-se, no país, as bases de um tipo corporativista de organização sindical, que perdura até hoje. É verdade que a Constituição Corporativista só surge em 1937, mas em 1931 o corporativismo italiano estava sendo uma experiência bem sucedida e isso refletiu-se no espírito do nosso legislador”¹⁹.

Segundo Roberto Santos, os dispositivos do Decreto nº 19.770 “mostram que o sindicato se concebia como órgão de direito público, ou de alguma forma estranho à esfera privada, sem nenhuma autonomia”²⁰, à feição do regime corporativo.

¹⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. Marcel Proust e o realismo dos dois lados. In: ____ Quinze ensaios, São Paulo: LTr, 2004, p. 7.

¹⁷ REZENDE PUECH, Luiz Roberto. Na vivência do Direito Social, São Paulo: Resenha Universitária, 1975, p. 40.

¹⁸ REZENDE PUECH, Luiz Roberto. Justiça corporativa: ontem, hoje, amanhã. In: O Estado de São Paulo, de 25.10.1987.

¹⁹ MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho – Direito Coletivo do Trabalho, vol. III, 2ª ed., São Paulo: LTr, 1990, p. 45.

²⁰ SANTOS, Roberto A. O. Trabalho e sociedade na lei brasileira, São Paulo: LTr, 1993, p. 191.

Incisivo é o dizer de Almir Pazzianoto Pinto: “A opção do Estado Novo pelo corporativismo fascista, então em marcha na Europa, trouxe, como resultado, um sindicalismo verticalizado como se fora uma pirâmide truncada no vértice”²¹.

Na mesma linha de raciocínio inscreve-se o pensamento de José Carlos Arouca: “A origem de nossa legislação sindical não é boa. Formou-se como o Estado Novo, cópia do fascismo de Mussolini, juntamente com a Justiça do Trabalho, para substituir os sindicatos na solução dos conflitos coletivos. Por isso mesmo proibiu-se a greve (...). foi com essa roupagem que em 1943 entrou como Título V da Consolidação das Leis do Trabalho”²².

Em outros aspectos da regulação das relações de trabalho no Brasil, além da legislação sindical, fizeram-se sentir os influxos do corporativismo. A Justiça do Trabalho também nasceu sob os auspícios da lei italiana nº 563, de 1926, o que se revela pelo menos em dois aspectos cruciais: a representação classista na composição de seus órgãos e o poder normativo exercido no julgamento dos dissídios coletivos de interesses.

A respeito do último tópico, assim se manifesta Ives Gandra Martins Filho: “A atribuição de um poder normativo à Justiça do Trabalho brasileira teve com paradigma a Carta del Lavoro do regime fascista instaurado na Itália por Benito Mussolini, onde se conferia à magistratura do trabalho italiana o poder de dirimir os conflitos coletivos de trabalho mediante fixação de novas condições laborais (Lei nº 563/26, art. 13)”²³.

Essas opiniões doutrinárias refletem o ambiente político da fase histórica que precede a criação da CLT. O momento político era de reverência às ideias corporativistas então em voga na Europa.

²¹ PINTO, Almir Pazzianoto. A Constituição de 1988 e a Carta Constitucional de 1937: afinidades e contrastes. In: ROMITA, Arion Sayão (coord.). Curso de Direito Constitucional do Trabalho – estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento, vol. 1º, São Paulo: LTr, 1991, p. 156.

²² AROUCA, José Carlos. Organização Sindical no Brasil – passado, presente, futuro (?), São Paulo: LTr, 2013, p. 13.

²³ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Processo coletivo do trabalho, 2ª ed., São Paulo: 1996, p. 14.

A doutrina corporativista ecoou fortemente no seio da comunidade política e jurídica brasileira, o que ser refletiria na elaboração da CLT. Muitos políticos e juristas brasileiros rezavam pelo credo corporativista. Entre eles, destacam-se Francisco Campos e Oliveira Vianna. O corporativismo era também professado por Luiz Augusto de Rego Monteiro e Dorval Marcenal de Lacerda (Dorval Lacerda), dois dos mais experientes e idosos membros da comissão elaboradora da CLT (os outros dois eram José de Segadas Viana e Arnaldo Süssekind). Luiz Augusto de Rego Monteiro e Dorval Lacerda eram corporativistas confessos, declaravam-se sem reboços corporativistas, o que, de resto, pode ser verificado na produção jurídica de cada um deles.

O meio político brasileiro na ocasião, como ficou dito, refletia a influência da doutrina corporativista. Também como se afirmou acima, dois de seus expoentes eram Francisco Campos e Oliveira Vianna, o primeiro, ministro da Justiça do governo Getúlio Vargas e, o segundo, consultor jurídico do Ministério do Trabalho, de 1932 a 1940.

Francisco Luís da Silva Campos – Francisco Campos (1881-1968) – foi deputado estadual em 1917, deputado federal em 1921, secretário de Educação em 1927 e do Interior em 1930, em Minas Gerais. Primeiro ocupante do Ministério da Educação e Saúde, em 1930, gozou da inteira confiança política do Presidente Getúlio Vargas. Ministro interino da Justiça em 1932, secretário de Educação da Prefeitura do Distrito Federal em 1936, ministro da Justiça de 1937 a 1942, foi o principal redator da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, como seria, mais tarde, o inspirador e autor do Ato Institucional nº 1, de 1964. Interessa-nos, aqui, apenas seu ideário político de 1937, sumariamente delineado.

Logo após a outorga da Carta de 10 de novembro, ainda em 1937 publicou Francisco Campos um opúsculo, intitulado “O Estado Nacional e suas Diretrizes”²⁴, no qual sintetizou seu pensamento político, à época. Inicia o estudo com a “crítica” do período que precedeu a outorga da Carta de 1937, a partir de 1930; a seguir, aborda os pontos capitais do novo texto

²⁴ CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional e suas diretrizes, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

constitucional e examina os seus fundamentos. Patenteia desde logo seu desprezo pelas eleições, ao dissertar sobre aquilo que denomina “o mito do sufrágio universal” (p. 22 e 36). Diz ele que “a maior parte dos eleitores não se preocupa com a coisa pública. A sua vida privada já lhes dá bastantes motivos de preocupação e de trabalho. Passam a maior parte do tempo alheios às questões de política, de administração e de governo” (p. 22). Então, para que eleições? Voto não enche barriga... O povo não está preparado para votar...

Segundo Francisco Campos, “cada vez mais os problemas em torno dos quais se fere a luta dos partidos tendem a ser problemas técnicos”. “As questões econômicas e financeiras, as de organização da economia nacional, as do comércio interno e externo, questões sobretudo técnicas, e, por sua natureza, incapazes de despertar a emoção, passaram ao primeiro plano” (p. 23). Aí está uma boa justificação para o império dos tecnocratas...

Sustenta a necessidade da delegação de poderes, destacando a “incapacidade do corpo legislativo para a legislação direta” (p. 27). Sua crítica parlamentar, no dizer de Paulo Bonavides, “aparece também como um dos componentes de sua atitude política e ideológica”²⁵.

O antiliberalismo de Francisco Campos – “o príncipe dos reacionários”, no dizer de Paulo Bonavides – patenteia-se na concepção que ele apresenta do Estado: “Para assegurar efetivamente aos homens o gozo dos novos direitos, o Estado precisa de exercer de modo efetivo o controle sobre todas as atividades sociais, a economia, a política, a educação... O princípio de liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança. Só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo da herança comum da civilização e da cultura” (p. 35). Por isso, deve o Estado “ampliar o seu controle sobre todas as forças nacionais” (p. 38). Faz a defesa do regime corporativo (p. 41), o qual, segundo ele, apresenta singular virtude: “O corporativismo, inimigo do comunismo e, por consequência, do liberalismo

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Francisco Campos – o antiliberal. Introdução a Francisco Campos – discursos parlamentares (Perfis parlamentares 6), Rio de Janeiro – Brasília: 1979, p. XXV.

é a barreira que o mundo de hoje opõe à inundação moscovita” (p. 43). Mais: a corporação apresenta a vantagem de limitar a liberdade do indivíduo (p. 43).

De Francisco Campos, disse com justiça Paulo Bonavides: “A triste opção ideológica de Francisco Campos fê-lo o constitucionalista das ditaduras. A alquimia jurídica do antigo parlamentar mineiro produziu duas substâncias letais à ordem representativa do Estado de Direito: a Carta outorgada e o Ato Institucional. Ambos correspondentes a dois períodos históricos de exceção em nossa trajetória constitucional”²⁶.

Francisco José de Oliveira Vianna – Oliveira Vianna (1883-1951) – sociólogo e jurista, professor catedrático de Direito Judiciário Penal, foi essencialmente um funcionário público: diretor do Fomento Agrícola, membro do Conselho Consultivo do antigo Estado do Rio de Janeiro, consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (de 1932 a 1940), ministro do Tribunal de Contas da União. A atividade que aqui nos interessa é a de Consultor Jurídico do MTIC, porque foi nesse cargo que lhe coube, ao ver de Evaristo de Moraes Filho, “a criação de todo o edifício da legislação do trabalho, que lhe leva a marca e a ideologia política”. Por quê? Explica Evaristo: “Nada se fazia no Ministério sem que ele fosse ouvido, sem que deixasse de opinar. Verdadeiro magister dixit, era respeitado, quase venerado, imitado, tomado como modelo e herói... Sem compromissos com ninguém, a não ser com seu Ministro, com o Chefe de Governo e consigo próprio, Oliveira Vianna não encontrava peias que impedissem de fazer o seu caminho. O Ministro do Trabalho, que praticamente lhe aprovava todos os pareceres, era a autoridade máxima entre nós em matéria social. Mais do que jurisprudência administrativa, seus despachos, aprobatórios dos pareceres do seu Consultor Jurídico, constituíam a jurisprudência dominante, logo citada, obedecida e repetida por toda a parte”²⁷.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. XXIV.

²⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. Direito do Trabalho – páginas de história e outros ensaios, São Paulo: LTr, 1982, p.138.

Imensa foi, portanto, a influência exercida por Oliveira Vianna na formação do Estado Novo e bem assim da legislação social.

Sua concepção do Estado é, naturalmente, autoritária e corporativa. Em tese de doutorado dedicada ao exame da ideologia professada por Oliveira Vianna, assim como se expressa Evaldo Amaro Vieira: “Cabe ao Estado representar a vontade geral, traduzindo os interesses sociais e subordinando à sua autoridade a nação impossibilitada de manter a liberdade”. O Estado é personificado na pessoa do líder providencial, do guia incomparável, do ditador, enfim. Escreve Evaldo Amaro Vieira: “Ainda que o Presidente exerça o poder em nome da nação e apenas dela dependa, está claro no quadro esboçado por Oliveira Vianna que ela só existe em função dele. A nação será organizada e dirigida de acordo com os ditames do Estado”. Adiante: “A supremacia do princípio de autoridade do Estado é uma viva e permanente ideia nos textos de Oliveira Vianna... Pode-se fazer, sem dúvida, muitas aproximações entre suas posições e os preceitos da Constituição de 1937. O Estado Novo deprecia o Parlamento, concede poder excepcional ao Presidente da República e transforma o poder Executivo em órgão legislador. Tais medidas existem em escritos anteriores a esta fase e são de interiro agrado de Oliveira Vianna”²⁸.

Ao ver de Oliveira Vianna, o grande pensamento da política social posta em prática pelo Estado de seus sonhos seria organizar o povo, que deve ser presente no Estado. Para tal fim, basta criar “instituições consultivas, pré-legislativas, jurisdicionais, controladoras ou administrativas” que colaborem na administração pública e sejam providas de poderes ou delegações do Estado - “ e todas elas contendo, nos seus quadros de direção e administração, representantes do povo, não buscados no seio dos partidos políticos, mas vindos do seio das classes e profissões organizadas”²⁹. Só o regime corporativo

²⁸ VIEIRA, Evaldo Amaro. Oliveira Vianna e o Estado corporativo, São Paulo: Editorial Grijaldo, 1976, p. 118-120.

²⁹ OLIVEIRA VIANNA. Direito do Trabalho e democracia social, Rio de Janeiro: Liv. José Olympio, 1951, p. 93.

poderia operar o milagre: “Este o milagre desses novos tempos, dos sistemas paritários, dos regimes corporativos, que aboliram as distâncias sociais”³⁰.

As ideias corporativistas de Oliveira Vianna foram postas em prática, principalmente, em dois setores: organização sindical e organização da Justiça do Trabalho.

A fim de adequar a organização sindical brasileira aos preceitos da Lei Maior, foi baixado o Decreto-lei nº 1.402, de 5 de junho de 1939. Oliveira Vianna foi o presidente da comissão que elaborou o respectivo anteprojeto, e também seu relator geral. À época, escrevia ele: “... no sistema da Constituição de 1937, tudo nos leva à conclusão de que a estrutura corporativa, a ser estabelecida, terá por fundamento uma subestrutura sindical”³¹. Alude com frequência à “futura organização corporativa”³² e afirma categoricamente que “o sindicato que vai funcionar no regime da Constituição de 1937” é “um sindicato de tipo corporativo”³³. Em outra oportunidade, opondo o nosso sindicalismo ao do tipo socialista, esclarece ser ele “profissional, corporativo, cristão”³⁴.

Com razão, observa Evaldo Amaro Vieira que, “se Oliveira Vianna concedia capacidade regulamentadora ao sindicato, revestindo-o de um traço corporativo, com relação à Justiça do Trabalho a questão torna-se mais aguda”. Desejava Oliveira Vianna, realmente, que a Justiça do Trabalho se constituísse “por órgãos de natureza corporativa e técnica”³⁵.

Embora a primeira tentativa de organizar a Justiça do Trabalho date de 1935 (ainda na vigência da Constituição de 1934), foi sob a Carta de 1937 que ela veio a ser efetivamente instituída, o que ocorreu por força do Decreto-

³⁰ OLIVEIRA VIANNA. As novas diretrizes da política social, Rio de Janeiro: Serviço de Estatística da Previdência e do Trabalho, 1939, p. 17.

³¹ OLIVEIRA VIANNA. Problemas de Direito Sindical, Rio de Janeiro: Max Limonad, 1943, p. 126.

³² OLIVEIRA VIANNA. Problemas de direito sindical, cit., p. 101 e 126.

³³ Id., Ib., p. 259.

³⁴ OLIVEIRA VIANNA. Direito do Trabalho e democracia social, cit., p. 81.

³⁵ VIEIRA, Evaldo Amaro. Oliveira Vianna e o Estado corporativo, cit., p. 128.

Lei nº 1.237, de 1 de maio de 1939. Foi Oliveira Vianna um dos autores dos projetos que se transformaram nos decretos-leis e decretos que instituíram a Justiça do Trabalho.

Na Exposição de Motivos da Comissão Elaboradora do projeto de lei orgânica da Justiça do Trabalho, esclareceu Oliveira Vianna ter sido indispensável fazer figurarem na composição dos tribunais do trabalho “elementos representativos das duas classes interessadas – a empregada e a empregadora”. E explica: “Daí termos optado pela organização corporativa e paritária destes tribunais. Isto tanto mais razoavelmente quanto tínhamos que levar em conta essas duas considerações decisivas: não só a nossa tradição neste particular, que tornaria impolítico o abandono da colaboração dos elementos profissionais, como ainda e principalmente o regime corporativo, expressamente instituído na Carta de 37, e que tem como pressuposto fundamental esta colaboração”³⁶. Insistia ele: “... a Justiça do Trabalho só pode ser ministrada por tribunais constituídos corporativamente, pelo critério paritário e eletivo”³⁷. Em outra oportunidade, muito mais tarde, já na vigência da Constituição de 1946, a qual nada tinha de corporativista, afirma que a nossa Justiça do Trabalho é “toda ela de base corporativa e profissional”³⁸.

Oliveira Vianna não ocultava sua admiração pelo regime político da Itália de Mussolini. Considerando “uma obra prima” a organização sindical corporativa, escreveu ele, na tese que apresentou ao Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, promovido pelo Instituto de Direito Social em São Paulo, em 1941: “O corporativismo fascista italiano é realizado por uma estrutura jurídica e administrativa das mais belas e harmoniosas que conheceu e objetivou o gênio humano”. Repudiava ele o regime democrático, pelo qual nutria forte hostilidade, considerando-o inadequado ao Brasil, ou antes, “inoperante e inapto”. Em suas próprias palavras, aludia a “um regime político

³⁶ OLIVEIRA VIANNA. Exposição de Motivos, in: Problemas de direito corporativo, Rio de Janeiro: Liv. José Olympio, 1938, p. 272-273.

³⁷ OLIVEIRA VIANNA. Problemas de direito corporativo, p. 215, 218, 229.

³⁸ OLIVEIRA VIANNA. Problemas de organização e problemas de direção, 2ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1974, p. 72 e 110 (a da 1ª ed. é de 1952).

que, para atingir um ideal – *o governo do povo pelo povo* – pré-estabelecia um sistema de meios (sufrágio universal, eleição direta, preponderância do parlamento, partidos políticos), sistema que, dado (*sic*) as peculiaridades da nossa estrutura social e da nossa psicologia coletiva, se revelou inapto a atingir aquele ideal” (grifo do original)³⁹.

Outros autores poderiam ser invocados⁴⁰, porém os dois citados – Francisco Campos e Oliveira Vianna – são, sem dúvida, os mais expressivos para estudo do tema que nos ocupa.

As ideias corporativistas, neste período (1937-1945), estavam, pois, no ar e provocaram a realização de pelo menos um congresso jurídico e a edição de obras especializadas no campo dos estudos sociais.

Em 1941, realizou-se em São Paulo, promovido pelo Instituto de Direito Social, o Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social. A Seção VII do Congresso, dedicada à “organização corporativa no Estado”, formulava as seguintes indagações: 1ª – qual a melhor forma para a organização corporativa brasileira? 2ª – apreciação e crítica à organização sindical brasileira; 3ª – devem ser organizadas corporativamente as entidades não econômicas? Foram apresentadas as seguintes teses: Djacir Menezes. A economia corporativa e o meio social brasileiro; Oliveira Vianna. Condições antropogeográficas e estrutura sindical; Péricles Madureira de Pinho. Fundamentos da organização corporativa das profissões rurais; Arnóbio Graça. Devem ser organizadas corporativamente as entidades não econômicas; Silvino Lira. O Brasil e a sua melhor forma de organização corporativa; Lúcio José dos Santos. Corporativismo; Américo Scott. Corporativismo; A. B. Cotrim Neto. Bases para organização corporativa do Estado brasileiro; Sebastião

³⁹ OLIVEIRA VIANNA. Condições antropogeográficas e estrutura sindical. In: Anais do Primeiro Congresso de Direito Social promovido pelo Instituto de Direito Social, em São Paulo, vol. IV, Rio de Janeiro: Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho, 1945, p. 29-30.

⁴⁰ AZEVEDO AMARAL. O Estado autoritário e a realidade nacional, Rio de Janeiro: Liv. José Olympio; MOTTA FILHO, Cândido. O Poder Executivo e as ditaduras constitucionais, São Paulo: Estabelecimento Gráfico Phoenix, 1940; REALE, Miguel. O Estado moderno, 3ª ed., Rio de Janeiro: Liv. José Olympio, 1935; SILVEIRA, Tasso da. Estado corporativo, Rio de Janeiro: Liv. José Olympio, 1937.

Pagano. Tradição e realidade no sindicalismo e no corporativismo brasileiro; J. A. de Assis Pacheco. A organização sindical brasileira e a doutrina social da Igreja; L. E. Bueno Vidigal. Sindicalização de empregadores; José Colombo de Souza. Traços do sindicalismo no Brasil; L. A. de Rego Monteiro. Proposições fundamentais de Direito Sindical brasileiro⁴¹.

O professor Cesarino Júnior, já catedrático de “Legislação Social” da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publicou (pela Livraria Martins, de São Paulo) “Direito Corporativo e Direito do Trabalho”, em dois volumes (o 1º, de 1940 e o 2º, de 1942), e tencionava elaborar um “Tratado de Direito Corporativo Brasileiro”, com 5 partes: I – Introdução ao Direito Corporativo Brasileiro; II – Direito Sindical Brasileiro; III – Contratos coletivos de trabalho; IV – Organização Corporativa Brasileira; V- Justiça do Trabalho. M. Cavalcanti de Carvalho lançou, em 1941, “Direito Sindical e Corporativo”⁴².

A organização corporativa do Estado brasileiro estava claramente estabelecida pela Carta outorgada em 10 de novembro de 1937 pelo ditador Getúlio Vargas. Essa Carta, autodenominada Constituição, resultou da preocupação do governo da época com “conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos”, e atendeu “ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente”, como se lê no texto que antecede a própria Carta, ao que consta segundo redação do Ministro da Justiça, Francisco Campos.

Era prevista, no art. 57, a criação do Conselho de Economia Nacional, a ser composto de representantes dos vários ramos da produção nacional designados, dentre pessoas qualificadas pela sua competência especial, pelas associações profissionais ou sindicatos reconhecidos em lei, garantida a

⁴¹ Anais do Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, vol. IV, cit.

⁴² CAVALCANTI DE CARVALHO, M. Direito sindical e corporativo, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1941.

igualdade de representação entre empregadores e empregados. Entre as atribuições do Conselho estava a de promover a organização corporativa da economia nacional; editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria de produção; e propor ao Governo a criação de corporações de categorias (art. 61, alíneas a, c e h, respectivamente). Os arts. 135 a 155 dispunham sobre a “ordem econômica”, em obediência aos postulados do regime corporativo. O art. 136 declarava o trabalho um dever social. O art. 137 relacionava os preceitos a que devia obedecer a legislação do trabalho. O art. 138 regulava a associação profissional ou sindical, assegurando apenas ao sindicato regularmente reconhecido pelo Estado o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção, estipular contratos coletivos de trabalho, impor aos associados contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público. O art. 139 instituía a justiça do trabalho (com iniciais minúsculas) e acrescentava que “a greve e o lock-out são declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”. O art. 140 dispunha que a economia da produção seria organizada em corporações e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de poder público.

Sob a vigência da Carta do Estado Novo, que perdurou até 29 de outubro de 1945, foi promulgada a CLT (1º de maio de 1943); em consequência, o texto da legislação ordinária não poderia deixar de observar as normas constitucionais, de superior hierarquia. Se a Carta do Estado Novo era corporativista, a CLT não poderia deixar de refletir a influência do mesmo credo político.

5. O corporativismo da CLT

5.1. Direito individual do trabalho

Elaborada sob a vigência da Carta de 1937 – autoritária e corporativista – a CLT não poderia deixar de refletir a ideologia dominante à época de sua promulgação.

A absorção do indivíduo pelo Estado, a eliminação da consciência das classes, a subordinação dos corpos sociais intermediários à autoridade central, a incorporação da ordem econômica à esfera de intervenção do Estado, a supressão da autodefesa dos interesses profissionais (proibição da greve), o fracasso prático na implementação das convenções coletivas de trabalho e a presença arbitral do Estado no campo dos conflitos coletivos de trabalho modelaram o texto da Consolidação das Leis do Trabalho em obediência ao postulado básico do corporativismo, qual seja, a superação da luta de classes pela colaboração entre a força de trabalho e o capital, “no esforço espontâneo de realizar a grandeza nacional” (Getúlio Vargas).

Afirmando a primazia do interesse público sobre o das classes e o dos indivíduos (CLT, art. 8º) e conceitualmente inclinada “para doutrinas anticontratualistas, tratando as relações coletivas em termos de contenção à sua espontaneidade”⁴³, a CLT, em seu furor regulamentarista, extremamente minuciosa, praticamente esgotou a totalidade dos direitos assegurados às classes trabalhadores, deixando à manifestação da vontade dos sujeitos do contrato de trabalho pouco mais do que a estipulação da tarifa salarial (e, ainda assim, quando não se trata de salário mínimo...). “O que fora concebido para ser um mero sistema elementar dos direitos do trabalho transformou-se no seu único direito” (Luiz Werneck Vianna)⁴⁴. Isto, no plano do direito individual do trabalho.

Na moderna sociedade capitalista, o Estado apresenta dupla natureza: é a organização política da sociedade capitalista e, ao mesmo tempo, elemento de sua organização econômica ⁴⁵. A ciência política ensina que o Estado

⁴³ GOMES, Orlando. Questões de Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 1974, p. 71-72.

⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck. Liberalismo e sindicato no Brasil, 2ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 85.

⁴⁵ GALGANO, Francesco. Le istituzioni dell'economia capitalistica, 2ª ed., Bolonha: N. Zanichelli, 1980, p.1.

representa e organiza as classes dominantes, ou melhor, representa e organiza o interesse político a longo prazo do bloco instalado no poder: em suma, ele constitui a unidade política das classes dominantes⁴⁶.

A estrutura autoritária da relação política, como relação de comando e de obediência, induz a concepção imperativa do direito e tem como reflexo a redução de todo o direito a direito estatal, embora a unidade do ordenamento jurídico estatal não signifique inexistência de outros ordenamentos⁴⁷.

Na Itália, a crise econômica do primeiro pós-guerra e o movimento reivindicatório operário nas fábricas do norte do país levaram os industriais a aliar-se ao fascismo e a procurar no corporativismo a fórmula organizacional apta a eliminar a combatividade das classes trabalhadoras. A supressão das liberdades sindicais, a introdução de instrumentos de controle nos segmentos produtivos, o protecionismo e a política ditatorial do fascismo ensejaram uma composição na chave solidarista dos conflitos sociais, à base da medição autoritária do Estado⁴⁸. O corporativismo italiano, do ponto de vista puramente jurídico, tinha em mira a elevação à esfera do direito público de estruturas criadas pelas coletividades organizadas para a proteção de interesses que, deste modo, tornam-se também públicos, deixando de ser puramente privados; assim, a determinação unilateral de salários e de condições de trabalho com a possibilidade de imposição coercitiva aos membros da categoria não sindicalizados e mesmo a terceiros (ou seja, à categoria correspondente), contratos-tipo e contratos de adesão, impostos quer aos integrantes do grupo quer a terceiros – eis os meios pelos quais as coletividades organizadas pretendem organizar coativamente o conceito das relações contratuais de ordem privada⁴⁹.

⁴⁶ POULANTZAS, Nicos. *L'E'tat, le pouvoir, le socialisme*, 2ª ed., Paris: PUF, 1981, p. 139.

⁴⁷ PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *La dottrina dello Stato*, 2ª ed., Turim: G. Giapichelli, 1967, p. 181-182.

⁴⁸ BARCELONA, Pietro. *Diritto privato e processo economico*, 2ª ed., Nápoles: Jovene, p. 277.

⁴⁹ CESARINI SFORZA, Widar. *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1942, p. 218-219.

Na CLT, o conteúdo das relações individuais de trabalho acha-se praticamente estabelecido por antecipação, mercê de disposições imperativas de lei, pouco ou nada restando à manifestação da vontade dos particulares: além do montante salarial, não há o que debater, regatear, negociar, em nível contratual, por parte dos sujeitos do contrato de trabalho; mesmo quanto ao salário, se o estipulado for o mínimo, nem isso...

Esta orientação nada tem de casual; antes pelo contrário, é plenamente consciente e deliberada, tal como esclarecem o Relatório e a Exposição de Motivos da Comissão Elaboradora do projeto da CLT. A opção pela corrente anticontratalista vem exposta com naturalidade no Relatório: "A precedência das "normas" sobre os "contratos" acentuou, portanto, que a ordem estatutária prevalece sobre a concepção contratalista, e isso porque a liberdade contratual pressupõe a igualdade dos contratantes enquanto o Direito Social reconhece, como um fato real, a situação desfavorável do trabalhador e promove a sua proteção legal". Lê-se na Exposição de Motivos: "O estreito limite reservado à manifestação da vontade no contrato de trabalho caminhará para um termo em que apenas se fixará na recíproca aceitação da relação de emprego". Cuidava-se, declaradamente, de compor uma "organização contra os perigos da liberdade contratual jurídico-formal no campo das relações de trabalho".

Pode-se dizer, portanto, que a principal característica do direito individual do trabalho, no Brasil, é a regulamentação heterônoma da relação de emprego. Trata-se, na verdade, de uma "legislação imposta de fora", como a denominou Evaristo de Moraes Filho, que assim se expressa: "Esta marca de origem haveria de se manter para sempre na história do Direito do Trabalho brasileiro, tornando-o excessivamente rígido, seco e hermético. A sua fonte, praticamente única, passou a ser a lei, e lei federal, sem a colaboração dos Estados e dos Municípios, e o que é mais, com a sufocação das livres e espontâneas manifestações das categorias sociais, suas destinatárias. Imposta de fora para dentro, roça somente a epiderme das forças organizadas, ou que

deveriam sê-lo, na sociedade brasileira: os sindicatos e as empresas, que se têm mantido passivos, à espera do que lhes derem como outorga oficial”⁵⁰.

Os parceiros sociais, no Brasil, são estranhos, um ao outro. Os empregados e os empregadores quase não mantêm diálogo. As condições de trabalho não constituem objeto de negociação, pois tudo já se acha de antemão prefixado na lei; não há espaço para a convenção coletiva de trabalho. A negociação coletiva é também supérflua, porque a Justiça do Trabalho soluciona a controvérsia coletiva.

Até na redação de dispositivos da CLT, referentes ao direito individual do trabalho, visível é a influência da doutrina corporativista. É o que se depreende, com clareza solar, da conceituação de empregador (CLT, art. 2º), segundo exposição dos autores de “Direito Brasileiro do Trabalho”, que não são outros senão três dos quatro membros da Comissão elaboradora da CLT: “Modernamente, entretanto, o conceito de empregador e sua situação como parte no contrato de trabalho têm sido considerados sob um ponto de vista diferente. Ainda aqui se observa a decisiva influência no direito do trabalho da doutrina na corporativa”. E estabelecem distinção entre empresa e empregador⁵¹.

Também na conceituação da empresa como instituição, nota-se a influência do corporativismo. Para os autores de “Direito Brasileiro do Trabalho” só a teoria da instituição explica a atribuição à empresa do uso de um poder disciplinar, que “escapa às fronteiras do contratualismo”⁵². Segundo a teoria da instituição, na visão dos citados autores, distinguem-se empresa e empregador: “Outrora, o empregador era a empresa, essas duas pessoas se confundiam. No contrato de trabalho, de um lado, como parte, figurava esse híbrido e do outro, como outra parte, o empregado. Hoje não. O empregador de outrora é o empreendedor, o chefe da empresa, verdadeiro representante

⁵⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. Temas atuais de Trabalho e Previdência, São Paulo: LTr, 1976, p. 68.

⁵¹ SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; e SEGADAS VIANNA, J. de Direito Brasileiro do Trabalho, 2º vol., Rio de Janeiro: A noite, Liv. Jacinto, 1943, p. 21.

⁵² SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de.; SEGADAS VIANNA, J. de - Direito Brasileiro do Trabalho, 2º vol., cit., p. 245.

dessa última, mas que com ela não se confunde. A empresa é um organismo, isto é, um agrupamento organizado, hierarquicamente, de homens ligados entre si por diversos vínculos, tais como os contratos de sociedade, de salário, etc., com colaboração para a realização de um fim determinado; grupo que possui, quase sempre, uma duração independente dos homens que o constituem, uma personalidade diferente dos indivíduos que o compõem”⁵³.

A alusão à colaboração, no texto acima transcrito, não é casual. Antes pelo contrário, retrata uma tomada de posição ideológica, claramente orientada pelo corporativismo italiano. Cabe lembrar que, de acordo com o disposto no art. 2.094 do Código Civil italiano, de 1942, empregado é quem se obriga a *colaborar* na empresa, e a seção II do capítulo I do título dedicado ao “trabalho na empresa” intitula-se precisamente “os colaboradores do empregador”.

O conceito de luta de classes como motor da história, preconizado pelo marxismo, é expressamente rejeitado pela doutrina fascista. Mussolini batia-se contra o materialismo histórico e, em consequência, nega “a luta de classes considerada como fator preponderante das transformações sociais”⁵⁴. Daí, coerentemente, do ponto de vista do fascismo, a afirmação da necessária colaboração entre os fatores de produção (capital e trabalho), a fim de se assegurar a paz social sob a supervisão do Estado. Projetada sobre o direito individual do trabalho, essa doutrina preconizava a colaboração do empregado na empresa: o empregado seria um colaborador na obra comum empreendida pela instituição-empresa, sob os auspícios da ideia de comunhão da empresa. Era assim na Itália fascista, como se lê na obra de Paolo Greco: No que diz respeito à colaboração, é certo que todos os trabalhadores, de qualquer tipo ou categoria, colaboram com o chefe da empresa: trata-se de um princípio ao qual a Carta del Lavoro quis dar um particular relevo na sua declaração VII, com o evidente propósito de conferir-lhe um significado que de um lado se

⁵³ SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; SEGADAS VIANNA, J. de. Direito Brasileiro do Trabalho, 2º vol., cit., p. 22.

⁵⁴ MUSSOLINI, Benito. Le fascisme – doctrine, institutions, trad. francesa, Paris: Denoël et Steele, s/data, p. 39.

contrapõe à luta de classes e de outro transcende o comum conceito e de cooperação social, recorrente em todas as relações contratuais”⁵⁵.

Se era assim na Itália, também o era no Brasil, ao tempo da elaboração da CLT, segundo explanação dos autores de Direito Brasileiro do Trabalho: “Excusado será dizer que as obrigações acima enumeradas e que são consequentes ao contrato de trabalho (aludem ao dever de assiduidade e diligência a que está obrigado o empregado – nota do Autor) são indispensáveis ao bom andamento da produção bem como ao fortalecimento da cordialidade que deve reinar na comunhão da empresa. Por outro lado, debaixo do ponto de vista nacional, tudo isso corresponde ao princípio mais vasto da colaboração permanente e eficiente a que estão obrigados os componentes da empresa, tendo em vista o bem coletivo e do Estado, e sem a qual em lugar da ordem reinaria o caos”⁵⁶.

Pairava no ar a ideia da indispensável colaboração entre os fatores de produção, supressão do antagonismo entre as classes (negação, até mesmo, do próprio conceito de classe), afirmação da paz social. Nas palavras do Chefe da Nação: “Sempre tive em vista, ao resolver o problema das relações do trabalho e do capital, unir, harmonizar e fortalecer todos os elementos dessas duas poderosas forças do progresso social. E assim agi, não apenas em obediência a princípios de ordem política, mas também guiado pelo sentimento, pela convicção de que só na paz e na compreensão fraternal podem os homens realizar as suas aspirações de aperfeiçoamento material e cultural” – discurso de 11 de novembro de 1940⁵⁷. A necessidade de colaboração entre o capital e o trabalho era salientada a cada instante. Em outro discurso, assim se pronunciou Getúlio Vargas: “O orador operário, que foi o intérprete dos sentimentos de seus companheiros, declarou, há pouco, que a legislação social do Brasil veio estabelecer a harmonia e a tranquilidade

⁵⁵ GRECO, Paolo. *Il contratto di lavoro*, Turim: UTET, 1939, p. 107 (trata-se do vol. 7º, tomo 3º do *Tratatto di Diritto Civile Italiano*, dirigido por Filippo Vassalli).

⁵⁶ SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; SEGADAS VIANNA, J. de. *Direito Brasileiro do Trabalho*, 2º vol., cit., p. 285.

⁵⁷ VARGAS, Getúlio. *As diretrizes da nova política do Brasil*, Rio de Janeiro: José Olympio, 1943, p. 219.

entre os empregados e empregadores. É esta uma afirmativa feliz, que ecoou bem no meu coração. Não basta, porém, a tranquilidade e a harmonia entre empregados e empregadores. É preciso a colaboração de uns e outros no esforço espontâneo e no trabalho comum em bem dessa harmonia, da cooperação e do conagraçamento de todas as classes sociais”⁵⁸.

Estas ideias haveriam de refletir-se, necessariamente, no campo da regulação das relações individuais de trabalho, pela ampla e pacífica aceitação da teoria do institucionalismo social, que via na empresa uma instituição no interior da qual empregados e empregador colaboram para a realização dos superiores interesses da produção nacional. A própria expressão – superiores interesses da produção nacional – típica dos escritores fascistas, é literalmente reproduzida no artigo 140, *in fine*, da Carta de 10 de novembro de 1937.

A regulação do contrato individual de trabalho pela Consolidação das Leis do Trabalho não poderia deixar de impregnar-se pelas noções expostas. Dois parâmetros, pelo menos, balizavam a tarefa dos membros da Comissão elaboradora do projeto de Consolidação: 1º - as diretrizes fixadas pelo pensamento político do próprio Presidente da República; 2º - os preceitos contidos na Carta outorgada de 10 de novembro de 1937 (pois, em caso de inobservância dos referidos preceitos, surgiria inevitável inconstitucionalidade). Ambos os aspectos são destacados pelos textos que precedem, a título de exposição de motivos, o projeto em que se converteu a Consolidação da Leis do Trabalho.

Na exposição de Motivos da Comissão elaboradora do Projeto de Consolidação, da lavra de Luís Augusto de Rego Monteiro, sob a epígrafe “o sentido político da Consolidação”, lê-se: “A Consolidação (...) é incontestavelmente a síntese das instituições políticas estabelecidas pelo eminente Presidente da República desde o início, em 1930, do seu feliz governo. Empenhou-se a comissão na articulação dos textos legais vigentes, na exata dedução dos princípios, na concordância essencial das regras, na unidade interna do sistema”.

⁵⁸ VARGAS, Getúlio. Ob. cit., p. 227.

Quanto ao segundo aspecto – observância do preceituado pela Carta de 1937 -, o tema é tratado em duas oportunidades, tanto no Relatório da Comissão referente ao anteprojeto da Consolidação quanto na Exposição de Motivos do Ministro do Trabalho ao Presidente da República. No segundo desses textos, salienta o Ministro (com a pena de Luís Augusto de Rego Monteiro): “Não é a Consolidação, exclusivamente, a reunião sistematizada de leis esparsas. Ponderou a Comissão a definição dos rumos políticos traçados pela Constituição de 10 de novembro de 1937, a ela subordinando as leis consolidadas”.

A orientação doutrinária perfilhada pela Consolidação das Leis de Trabalho está claramente exposta nos textos de apresentação do diploma legal: em todos eles se fala na “primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato” (Exposição de Motivos da Comissão) e em relação de emprego, que “situa o ajuste de trabalho no realismo espontâneo, subordinando-o ao institucionalismo jurídico-social que fornece o conceito de empregado” (Relatório da Comissão).

A legislação assim como a doutrina não poderiam, portanto, afastar-se das diretrizes acima expostas: se a empresa é uma instituição, o empregador e os empregados nela colaboram para alcançar os fins econômicos por ela colimados. Nada de conflito, nada de antagonismo de interesses. Os fatores de produção, integrados na empresa, atuam em regime de mútua cooperação, a fim de assegurar a paz social.

Ora, todo esse chorrilho de ideias vãs não resiste à natureza das coisas nem à realidade jurídica subjacente à regulação do contrato individual de trabalho: enquanto ao empregador interessa que o empregado trabalhe mais com salário mais baixo, o empregado deseja trabalhar menos com salário mais alto. A apregoada “comunhão de empresa” não passa de uma balela propalada pelo corporativismo italiano, com ampla aceitação por parte da doutrina trabalhista pátria. A moderna teoria sociológica erige, em lugar de colaboração, o *conflito*, que, desde a Grécia antiga, sabe-se que é “o pai de todas as coisas” (Heráclito). O que a doutrina corporativista italiana tinha em vista, com o negar a luta de classes e o exaltar a “colaboração”, era a

supressão do conflito, conceito que, segundo Ralf Dahrendorf, deve ser rejeitado como despido de significado do ponto de vista sociológico. Segundo seu pensamento, a supressão não pode ser considerada um meio eficaz de composição de conflitos⁵⁹. Tudo isso se diz sem perder de vista que, na execução do contrato de trabalho, há interesses comuns entre os sujeitos da relação (salvaguarda da empresa e do posto de trabalho, rentabilidade que permita pagar o salário, crescimento econômico da empresa, etc.), interesses que superam as manifestações explícitas do conflito, que, contudo, não bastam para afirmar o surgimento de uma colaboração e de uma comunhão de empresa, que os fatos, a toda evidência, desmentem⁶⁰.

A regulamentação heterônoma das relações individuais de trabalho representa, portanto, entrave ao desenvolvimento do direito coletivo do trabalho, no Brasil. Como observou Evaristo de Moraes Filho, “o que parecia um bem, foi um mal. Nunca tivemos aquela criatividade dos fatos normativos da sociedade, com elaboração de um rico manancial de usos e costumes, mais tarde reconhecidos em grandes e fortes redes de convenções coletivas de trabalho... Deixa, assim, de se operar aquela solidariedade orgânica, sincera e profunda, entre os dois parceiros, permanecendo-se na esfera de uma simples solidariedade mecânica, externa, imposta e superficial. Em linguagem sociológica, deu-se uma acomodação, com um comportamento externo de boas maneiras, mas nunca uma assimilação definitiva de sentimentos, emoções, com novos símbolos e novos valores de produção”⁶¹.

5.2. Direito coletivo do trabalho

⁵⁹ DAHRENDORF, Ralf. *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, II, trad. Luciano Cappelletti, Roma: Laterza, 1977, p. 353.

⁶⁰ ADAM, Gérard; REYNAUD, J. D. *Sociologia do trabalho – os conflitos*, trad. Fernando Leorne, Porto: RES, 1984, p. 117.

⁶¹ MORAES FILHO, Evaristo de. *Temas atuais de Trabalho e Previdência*, cit., p. 68 e 69.

Na esfera do direito coletivo, diversa não poderia ser a orientação seguida pela CLT. A organização corporativa da ordem econômica, que ela consagrou, vinculada à organização sindical, reflete-se, entre outros, nos seguintes institutos: a) enquadramento sindical prévio; b) contribuição sindical obrigatória; c) controle do sindicato pelo Estado, em todos os aspectos fundamentais da existência de tais entidades – financeiro, administrativo e político; d) sindicalização por categorias; e) unicidade sindical; f) estrutura confederativa.

5.2.1. Enquadramento sindical

O regime corporativo não repudia o associacionismo profissional. Como esclarece Eduardo Aunós Pérez, “não é ideal do Estado a ausência das associações, antes pelo contrário. O Estado necessita, para um melhor governo, de organismos intermediários, cuja ação alcance até as esferas mais afastadas de sua burocracia”⁶².

Os órgãos fundamentais do ordenamento corporativo italiano são – nas palavras de Guido Bortolotto – a associação profissional (isto é, o sindicato), a corporação e a Magistratura del Lavoro. O sindicato reveste características de pessoa jurídica de direito público; não é órgão do Estado, mas por ele reconhecido e sob seu controle, colabora na realização dos fins perseguidos pelo Estado no interesse geral⁶³. Em virtude da lei italiana de 3 de abril de 1926, os sindicatos de empregados e de empregadores são tidos por instituições sociais espontâneas, necessárias, e, portanto, insuscetíveis de supressão; vivendo no Estado, devem curvar-se às suas exigências e observar as regras por ele impostas quer no momento de sua constituição quer em sua atividade. No exercício de tal poder, o Estado lhes concede personalidade jurídica e os qualifica como órgãos subsidiários, capazes de exercer funções

⁶² AUNÓS PÉREZ, Eduardo. Las corporaciones del trabajo en El Estado moderno, Madrid: Juan Ortiz, 1928, p. 24.

⁶³ BORTOLOTTI, Guido. Diritto corporativo, Milão: Ulrioc Hoepli, 1934, p. 66-67.

públicas em nome próprio, em seu próprio interesse e ao mesmo tempo no interesse do Estado⁶⁴.

Na Itália corporativa, a organização sindical pressupõe o ordenamento das categorias em diversas associações, nas quais ditas categorias encontram adequada colocação e podem agir organicamente a serviço dos superiores interesses da produção nacional. A distribuição das categorias pelas associações – segundo palavras de Mariano Pierro – compete incontestavelmente ao Estado, não só em razão da importância que para ele tem o ordenamento geral resultante, mas também porque, na vida econômica, surgem situações singulares que só o Estado pode apreciar tendo presente o interesse geral⁶⁵.

O enquadramento sindical obedece ao princípio da simetria, segundo o qual os trabalhadores são enquadrados na associação correspondente àquela em que estão enquadrados os respectivos empregadores. Ou seja, as duas organizações separadas de empregados e de empregadores são arrumadas de modo reciprocamente simétrico. O enquadramento paralelo de empregados e empregadores, previsto pelo regulamento italiano de 1 de julho de 1926, decorre da necessidade de uma constante colaboração entre as associações correspondentes e se reflete na contraposição das confederações⁶⁶. Pois, segundo Giuseppe Chiarelli, basta lembrar que a estipulação dos contratos coletivos de trabalho é, ela própria, uma função corporativa (porquanto subentende a discussão pacífica das condições de trabalho e a coordenação dos interesses dos empregados e empregadores), para reconhecer que tal organização não passa de um meio técnico para a realização dos fins desejados pelo ordenamento corporativo do Estado⁶⁷.

⁶⁴ FANTINI, Oddone. *Legislazione corporativa del lavoro*, Milão: Dott. Francesco Vallardi, 1938, p. 235.

⁶⁵ PIERRO, Mariano. *Principi di diritto corporativo*, Roma: Libreria Ulpiano, 1936, p. 296.

⁶⁶ BARASSI, Ludovico. *Diritto sindacale e corporativo*, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1938, p. 87-89.

⁶⁷ CHIARELLI, Giuseppe. *La personalità giuridica delle associazioni professionali*, Pádua: CEDAM, 1931, P. 277-278.

No Brasil, o Título V (“Da organização sindical”) da CLT incorporou os preceitos do Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, cujo artigo 54 atribuía ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio a incumbência de organizar o quadro das atividades e profissões, para os efeitos de sua sindicalização. O capítulo II do referido Título (“Do enquadramento sindical”) resultou do Decreto-lei nº 2.381, de 9 de julho de 1940, que aprovou o quadro das atividades e profissões, para o registro das associações profissionais e o enquadramento sindical e dispôs sobre a constituição dos sindicatos e das associações sindicais de grau superior.

No ensino de Oliveira Vianna, o quadro das atividades e profissões constitui a base técnica sobre a qual se apoia a política do enquadramento, a qual reflete, “no regime da Constituição de 1937, o íntimo e profundo entrelaçamento entre a subestrutura sindical e a superestrutura político-constitucional”⁶⁸. Para tal motivo, declaravam os *consideranda* do Decreto-Lei nº 2.381: “Considerando que o regime constitucional vigente impõe, para sua integral execução, a organização sistemática de todas as atividades e profissões praticadas no país; Considerando que o Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, dá ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, pelo artigo 54, a incumbência de organizar o quadro dessas atividades e profissões, para os efeitos de sua sindicalização; Considerando que o artigo 56 do mesmo decreto-lei subordina ao referido quadro de atividades e profissões o reconhecimento dos atuais sindicatos constituídos de acordo com o Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934...” Portanto, em obediência às diretrizes traçadas pela Carta de 1937, a legislação ordinária, ao instituir o enquadramento sindical, elaborou “a organização sistemática de todas as atividades e profissões praticadas no país”; incumbia ao Ministério do Trabalho “organizar o quadro dessas atividades e profissões, para os efeitos de sua sindicalização”; e, finalmente, todos os sindicatos então existentes, para seu reconhecimento, deveriam subordinar-se ao referido quadro de atividades e profissões, previamente elaborado pelo Ministério do Trabalho...

⁶⁸ OLIVEIRA VIANNA. Problemas de direito sindical, cit., p. 167.

O método perfilhado pelo Decreto-Lei nº 2.381(artigo 2º) é hoje previsto pelo artigo 570 da CLT: “Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o artigo 577...” Consagrou-se a sistemática de organizar simetricamente, duas a duas, as atividades e profissões: de um lado, empregado e, de outro, empregadores, em correspondência horizontal, como recomenda a boa doutrina corporativista. Fixando as “Proposições fundamentais de direito sindical brasileiro”, assim se expressa Luís Augusto de Rego Monteiro: “O quadro de atividades e profissões pra fins sindicais é uma predominante de categorias e um enquadramento fundamental e coletivo destes...” E adiante: “Na conformidade do princípio neocorporativo de equilíbrio entre a atividade econômica e o trabalho, o enquadramento sindical equaciona o ritmo da simetria paritária”⁶⁹.

O sistema de enquadramento sindical prévio e obrigatório constituía exigência – como requisito indispensável – da instituição do regime corporativo no Brasil. Como escreveu Cavalcanti de Carvalho, “o ordenamento sindical constitui um pressuposto necessário do ordenamento corporativo, sabido que o sindicato vale como fulcro e a célula elementar de todo o sistema corporativo”⁷⁰.

O quadro de atividades e profissões, que fixa o plano básico do enquadramento sindical tal como previsto pelo Decreto-Lei nº 2.381, foi incorporado – como anexo – à CLT, expressamente mencionado no artigo 577. O sistema de enquadramento sindical obrigatório encontra-se, pois, em pleno vigor, embora devesse ter desaparecido em 1946, porque incompatível com o novo regime democrático então instituído. Na verdade, ele foi introduzido em nosso direito positivo na vigência da Carta de 1937, de feição corporativa. Ora, a própria doutrina corporativista afirma a contradição registrada entre o

⁶⁹ REGO MONTEIRO, Luís Augusto. Proposições fundamentais de direito sindical brasileiro. In: Anais do Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, IV, cit., p. 240-241.

⁷⁰ CAVALCANTI DE CARVALHO, M. Direito Sindical e Corporativo, cit., p. 29.

regime corporativo e a organização democrática do Estado⁷¹. Escreve, a propósito, Evaristo de Moraes Filho: “os países democráticos desconhecem inteiramente o enquadramento sindical, prévio e apriorístico, sob a modalidade de uma forma ou de um molde dentro dos quais será derramada a matéria social... Ainda hoje, e com mais razão, é o enquadramento sindical inteiramente desconhecido no mundo democrático. Neste mundo não se criam sindicatos à força para preencher os vazios previamente estruturados no formalismo jurídico”⁷².

É verdade, mas de acordo com a CLT, em pleno vigor, os sindicatos ainda existem e são criados à modo corporativa...

5.2.2. Contribuição sindical compulsória

A doutrina corporativista italiana via no imposto sindical (ou contribuição sindical, em italiano *contributo sindacale*) a marca mais típica e original do ordenamento corporativo. O imposto sindical representa, do ponto de vista político e financeiro, o embrião das “finanças corporativas”, baseadas na atribuição de funções tributárias às corporações e aos sindicatos⁷³.

O poder tributário, no dizer de Zanobini, é uma das manifestações mais características da natureza pública das entidades sindicais, e a elas é expressamente atribuído pela legislação da Itália fascista⁷⁴.

A declaração III da Carta del Lavoro estabelecia que somente o sindicato legalmente reconhecido e submetido ao controle do Estado tem o direito de impor a todos os integrantes da categoria o pagamento da contribuição. Por seu turno, o artigo 5º, 2ª alínea, da Lei, nº 563, de 3 de abril

⁷¹ CESARINI SFORZA, Widar. Il corporativismo come speranza giuridica, cit., p. 186.

⁷² MORAES FILHO, Evaristo de. Direito do Trabalho, cit., p. 207.

⁷³ PUGLIESE, M. Diritto tributario del lavoro. In: Trattato di Diritto del Lavoro, dirigido por Umberto Borsi e Ferruccio Pergolesi, IV, Pádua: CEDAM, 1938, p. 72.

⁷⁴ ZANOBINI, Guido. Corso di Diritto Corporativo, Milão: Dott, A. Giuffrè, 1942, p. 325.

de 1926, dispunha que as associações legalmente reconhecidas têm a faculdade de impor a todos os empregadores e empregados, respectivamente representados, fossem ou não associados, uma contribuição anual não superior, para os patrões, à retribuição de um dia de trabalho por empregado a seu serviço; e, para os empregados, à remuneração de um dia de trabalho.

O imposto sindical é, realmente, típico do regime corporativo, só contemplado pelo direito positivo na Itália fascista e no Brasil, ainda hoje. O sindicato, como pessoa jurídica de direito público interno, tem o poder, que a lei lhe atribui, de impor contribuição obrigatória para todos os integrantes da categoria, pertençam ou não ao quadro de associados. Esse imposto sindical não se compadece com o regime de liberdade sindical: aqueles que preferem não aderir ao sindicato não podem ser compelidos a manter uma entidade, apenas porque esta representa toda a categoria profissional.

A contribuição obrigatória estabelecida por lei para todos os integrantes da categoria não se confunde com as contribuições voluntárias, fixadas pelos estatutos das associações ou determinadas pelas assembleias gerais dos associados⁷⁵. Entre estas últimas devem ser classificadas as previstas pelo artigo 26 do Estatuto dos Trabalhadores (lei italiana nº 300, de 20 de maio de 1970). Na verdade, a abolição do regime corporativo na Itália suprimiu, como é óbvio, a contribuição sindical obrigatória, de origem fascista. As contribuições previstas pelo artigo 26 do Estatuto dos Trabalhadores, pelo contrário, eram frequentemente previstas por contratos coletivos de trabalho e traduzem costume que evidencia a força das organizações sindicais da Itália sob regime democrático⁷⁶.

No Brasil, o projeto de Lei Orgânica de Sindicalização, do qual resultou o Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, não fazia referência alguma ao imposto sindical. Foi por iniciativa de Francisco Campos (presidente da Comissão Revisora do Ministério da Justiça) – para quem “as associações

⁷⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Luis; CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Tratado de política laboral y social, II, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1972, p. 325.

⁷⁶ GUIDOTTI, Francesco. La retribuzione. In: Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro, dirigido por Luisa Riva Sanseverino e Giuliano Mazzoni, II, Pádua: CEDAM, 1971, p. 409.

profissionais reconhecidas ficam com direito de tributar todos os membros das categorias profissionais por elas representadas” – que se introduziu a alínea *f* no teor do artigo 3º. Este discriminava as prerrogativas dos sindicatos, e, mercê do acréscimo, adquiriram os sindicatos o poder de “impor contribuições a todos os que participam das profissões ou categorias representadas”. O artigo 38 (cuja redação foi também revista) incluiu no patrimônio das associações sindicais “as contribuições dos que participarem da profissão ou categoria, nos termos da alínea *f* do artigo 3º”.

Estava aberto o caminho para a implantação do imposto sindical entre nós. Isto ocorreu por força do Decreto-Lei nº 2.377, de 8 de julho de 1940, o qual dispôs “sobre o pagamento e a arrecadação das contribuições devidas aos sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais representadas pelas referidas entidades”.

Instituído na vigência da Carta de 10 de novembro de 1937, o imposto sindical coadunava-se perfeitamente com o espírito corporativista vivo, àquela época, no país. O artigo 138 da Constituição, mera tradução da declaração III da Carta del Lavoro, atribuía ao sindicato regularmente reconhecido pelo Estado o direito de impor contribuições aos que participarem da categoria de produção para que foi constituído.

O imposto sindical – hoje denominado contribuição sindical – passou a ser disciplinado pela CLT. Entre as prerrogativas do sindicato, o artigo 513 (alínea *e*) menciona a de impor contribuições a todos aqueles que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas. Nos termos do art. 548 (alínea *a*), integram o patrimônio das associações sindicais as contribuições devidas aos sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades. Todo o Capítulo III – “Da contribuição sindical” – do Título V (artigos 578 *usque* 600) é dedicado ao assunto. Dispõe o artigo 579 que “a contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo

da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591”.

O Brasil é, assim, o único país no mundo cujo ordenamento positivo contempla este verdadeiro atentado à liberdade sindical, que é instituto da contribuição sindical compulsória. Nem os regimes corporativos da Espanha e de Portugal, nem a *Charte du Travail* francesa, de 4 de outubro de 1941, conheceram esta famigerada “contribuição”⁷⁷. Nos Estados Unidos, até a cláusula de desconto em folha (*checkoff clause*) foi tida por antidemocrática⁷⁸, até que a Lei Taft-Hartley (*Labor Management Relations Act*, de 1947) declarou ilegais os acordos que permitiam aos empregadores deduzir automaticamente as contribuições dos salários dos associados do sindicato, ressalvados as autorizações individuais, por escrito⁷⁹. Na França, tal cláusula é proibida por lei⁸⁰.

O resíduo corporativista, entre nós, é resistente, praticamente imbatível... A contribuição sindical compulsória foi introduzida no Brasil ao tempo em que vigorava a Carta de 1937, de feição corporativa, o que se compreende. Passou para a CLT, o que é também compreensível. O que, porém, maravilha é não ter sido abolida, após a redemocratização operada em 1945! Mais chocante ainda é sua expressa consagração pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988, até porque proclamado o princípio da liberdade de associação sindical.

O sindicato brasileiro é, portanto, o sindicato obrigatório que “não ousa dizer seu nome...” Na Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 4.298, de 1942, assinalou o Ministro Marcondes Filho: “Opera-se, com a satisfação do imposto, uma verdadeira adesão legal de todos os componentes do grupo profissional e econômico ao sindicato representativo. E esse imposto traduzirá,

⁷⁷ SPYROPOULOS, Georges. *La liberté syndicale*, Paris: LGDJ, 1956, p. 112-118.

⁷⁸ MILLIS, Harry A.; MONTGOMERY, Royal E. *Organized Labor*, Nova York: McGraw-Hill Book Company, 1945, p. 548.

⁷⁹ TAYLOR, Benjamin J.; WITNEY, Fred. *Labor Relations Law*, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1971, p. 328.

⁸⁰ VERDIER, J. – M. *Syndicats*, Paris: Librairie Dalloz, 1966, p.325 e segs.

então, o poder do sindicato de gerir os interesses da categoria respectiva”⁸¹. O ambiente autoritário do Estado Novo não excluía sequer uma ponta de cinismo, comum a fases dessa natureza: procurando responder ao argumento segundo o qual a contribuição compulsória atenta contra a liberdade sindical, Helvécio Xavier Lopes declarava que, “quem considera o fato de dever contribuir para um sindicato do qual não faz parte, como imposição injustificada, pode sanar esta pretensa irregularidade de maneira muito simples: associando-se a esse sindicato...”⁸².

5.2.3. Controle do sindicato pelo Estado

O tema da liberdade sindical é sedutor e por ele se apaixonam quantos se entregam ao estudo das ciências sociais. A Organização Internacional do Trabalho a ele tem dispensado o melhor de seus esforços, bastando lembrar a edição de obras especializadas ⁸³, a aprovação de normas internacionais⁸⁴ e a criação de organismo exclusivamente dedicado ao assunto⁸⁵.

No Brasil , inúmeros são os estudos voltados para o tema da liberdade sindical⁸⁶. Entretanto, como observa Evaristo de Moraes Filho, “não caminhamos um passo, desde a queda do Estado Novo, no sentido de

⁸¹ *Apud* SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; SEGADAS VIANNA, J. de. *Direito Brasileiro do Trabalho*, 2º vol., cit., p. 710.

⁸² *Apud* SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; SEGADAS VIANNA, J. de. *Direito Brasileiro do Trabalho*, 2º vol., cit., p. 712.

⁸³ OIT. *La libertad sindical – estudio internacional*, Madri: M. Aguilar, 1929; ERSTLING, Jay A. *El derecho de sindicación*, Ginebra: OIT, 1978, entre muitas outras obras publicações.

⁸⁴ Convenção sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, de 1948 (nº 87); Convenção sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949 (nº 98) entre muitos outros textos internacionais.

⁸⁵ Comissão de liberdade sindical, órgão do Conselho de Administração da OIT, de composição tripartida.

⁸⁶ Por todos, MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil*, Rio de Janeiro: A Noite, 1952. A 2ª ed. é de 1979.

liberdade e da autonomia sindical. Mantidos o enquadramento sindical prévio, a contribuição sindical compulsória, o sindicato único, os controles administrativos de toda ordem, inclusive a intervenção por tempo interminado, com destituição da diretoria e cassação da carta sindical, não há como falar em resquício sequer de liberdade sindical... No Brasil, o sindicato é meramente consentido, fiscalizado, vigiado, controlado, mantido por beneplácito do Estado, como uma órgão seu, quase como serviço público descentralizado ou funcional⁸⁷.

Não faz sentido, portanto, falar de liberdade sindical no Brasil.

Cabe estudar, isto sim, a asfixia sindical, tal como imposta pela CLT em obediência ao clima autoritário e corporativo do Estado Novo, que a gerou, até hoje conservado... E que provém, como se sabe, da Itália de Mussolini.

Na sessão de 6 de outubro de 1925, o Gran Consiglio Nazionale del Fascismo decidiu pelo reconhecimento dos sindicatos fascistas e instituição da Magistratura del Lavoro, com a consequente proibição da greve: O Gran Consiglio Nazionale del Fascismo reconhece que o fenômeno sindical – aspecto necessário e insuprimível da vida moderna – deve ser controlado pelo Estado e enquadrado pelo Estado e, portanto, que os sindicatos, quer de empregadores, quer de empregados, devem ser legalmente reconhecidos e submetidos ao controle do Estado, que o reconhecimento deve ser dado a um só sindicato por categoria e, precisamente, a um só sindicato, o fascista; que os sindicatos legalmente reconhecidos devem deter a representação legal de todos os interesses da categoria para a qual não constituídos e que, portanto, só eles podem estipular contratos coletivos de trabalho com efeito obrigatório para todos⁸⁸.

Segundo a Declaração III da Carta del Lavoro, somente o sindicato legalmente reconhecido e submetido ao controle do Estado tem o direito de representar toda a categoria para a qual foi constituído. O reconhecimento é, assim, o ato político pelo qual o Estado se reserva o controle e a vigilância

⁸⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. *Direito do Trabalho*, cit., p. 225-226.

⁸⁸ COPPOLA, Ercole. *Diritto del lavoro e previdenza sociale*, Nápoles: s/ed., p. 90.

sobre a associação profissional. O controle estatal, na explicação de Guido Bortolotto, é exercido em todos os momentos e sobre todos os atos da entidade: sobre o programa, sobre os dirigentes, sobre a atividade⁸⁹. No regime corporativo, o sindicato, como detentor de interesses públicos cuja satisfação incumbe ao Estado, deve estar, portanto, submetido a rígido controle por parte do Estado. O controle exercido sobre os sindicatos reconhecidos, mediante o qual o Estado se garante de que sua atividade ajusta-se à destinação para cujos fins eles existem, constitui um dos sinais característicos do interesse do Estado, no sentido de que tais fins se realizem⁹⁰. Esse controle atua, principalmente, em três diferentes vias: faculdade de não aprovar nomeação dos dirigentes da associação; exercício de vigilância e fiscalização sobre todos os atos da associação; faculdade de dissolução dos órgãos administrativos e nomeação de interventor⁹¹.

A atual organização sindical brasileira reflete a influência das ideias corporativistas, francamente enunciadas na Exposição de Motivos do Decreto-lei nº 1.402: "Como instituições precorporativas que são, num regime de corporações de tipo estatal (pois que é a própria Constituição que estatui que as corporações são órgãos do Estado), é claro que as associações profissionais têm de sofrer, na sua vida interna, como na sua vida de relação, as limitações e as intervenções que o Estado julgar mais convenientes para o pleno funcionamento da superestrutura corporativa, por ele mesmo instituída como forma suprema de organização da ordem econômica"⁹².

O controle exercido pelo Ministério do Trabalho sobre os sindicatos apresenta diferentes modalidades, contempladas pelo Decreto-lei nº 1.402, mais tarde incorporadas à CLT. Na própria enumeração de Oliveira Vianna, temos: Dec. 1.402, art. 21 (art. 532 da CLT) – controle de aprovação; art. 43, c (art. 553 da CLT) – controle de destituição; arts. 17 e 44 (arts. 528 e 554 da

⁸⁹ BORTOLOTTI, Guido. Política corporativa, cit., p. 171.

⁹⁰ SACERDOTI, Piero. L'associazione sindacale nel diritto italiano, Roma: s/ed., 1928, p. 143.

⁹¹ BALELLA, Juan. Lecciones de derecho del trabajo, trad. Teodomiro Moreno, Madri: Reus, 1933, p. 73.

⁹² *Apud* OLIVEIRA VIANNA. Problemas de direito sindical, cit., p. 207.

CLT) – controle de intervenção; art. 32 (art. 542 da CLT) – controle de anulação; arts. 40 e 42 (arts. 550 e 552 da CLT) – controle orçamentário⁹³. Razão teve Oliveira Vianna, ao asseverar: “Com a instituição deste registro, toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho: nele nascerão; com ele crescerão; ao lado dele se desenvolverão; nele se extinguirão”. De fato, nesse regime “o controle estatal é necessário e deve penetrar bem fundo na vida social destas associações: deriva logicamente da soma de poderes do Estado e das funções de ordem pública que lhes são conferidas pela nova Constituição”⁹⁴.

Adotou-se no Brasil, em consequência, o modelo de sindicato assistencial, eliminadas todas as características de órgão de luta ou de reivindicação. Procede a observação de Octávio Bueno Magano: “Não há, assim, exagero em se afirmar que o modelo corporativista de sindicato instituído pelo Decreto-Lei nº 1.402/1939, foi o de um sindicato deformado, em que os objetivos reivindicatórios esmaeceram-se em benefícios da exaltação dos assistenciais, tudo como parte da estratégia de se amortecerem os conflitos de classe, condição considerada necessária para o próprio sucesso do corporativismo”⁹⁵.

5.2.4. Sindicalização por categorias

A declaração III da Carta del Lavoro determinava que os sindicatos de empregados e empregadores fossem constituídos por categorias.

O regime fascista tinha por escopo a organização da vida socioeconômica do país com base nas corporações, órgãos do Estado. O regime corporativo, segundo a concepção predominante entre os autores

⁹³ OLIVEIRA VIANNA. Ob. cit., p. 109, nota.

⁹⁴ OLIVEIRA VIANNA. Id., Ib., p. 209 e 115.

⁹⁵ MAGANO, Octávio Bueno. Organização sindical brasileira, São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1982, p. 118.

italianos, pressupunha a organização econômica do Estado por meio das corporações.

Esta a principal aspiração do Estado corporativo: restabelecer o equilíbrio entre as classes sociais, colocando-se acima delas, como moderador, regulador e sobretudo como organizador.

Portanto, o Estado corporativo, onipresente, dispõe sobre todos os assuntos que dizem respeito ao social: desde a regulamentação das relações individuais do trabalho, passando pela política sindical, até desembocar na solução dos dissídios do trabalho, individuais, ou melhor para cada um, a tudo provê.

Negando o pressuposto marxista da luta e classes, o fascismo propugnava a colaboração entre os fatores da produção. A precedência do motivo político sobre o motivo sindical qualifica o processo associativo profissional na Itália. O modelo de sindicato a ser adotado não poderia ser outro, senão o sindicato de direito público. O sindicato era subordinado ao Estado.

A Lei Rocco (Lei nº 563, de 1926), no artigo 6º, estabelece a unicidade, como base da organização sindical italiana. Trata-se não de criar uma entidade em função de um grupo voluntário e de feição contratual (associação) integrado por indivíduos reunidos para fins patrimoniais, mas sim de institucionalizar a representação legal de toda a "categoria" social. Por isso, o reconhecimento estatal só pode ser conferido a um único sindicato por categoria. Dá-se relevo a interesses que não são determinados por uma soma de indivíduos, mas que transcendem as pessoas e se revelam como interesses permanentes de um segmento da sociedade política, sob a tutela do Estado.

A categoria social, neste regime, é aquela que vem a ser identificada pelo exercício de uma atividade profissional, qual seja, a categoria profissional, caracterizada por interesses comuns a um espírito comum (psicologia profissional). Superava-se, assim, o conceito de formações de classe, com vistas à supressão da greve. O problema fundamental – afirma Alfredo Rocco – reside na proibição de justiça particular das categorias das categorias e das classes, impedindo-as de fazer justiça pelas próprias mãos. Incumbia ao

Estado, em última análise, disciplinando os conflitos do trabalho, organizar a produção nacional.⁹⁶

O “princípio corporativo” (princípio básico da organização do Estado fascista) era, nas palavras de Giuseppe Bottai, “o princípio de organização e personificação das categorias econômicas, porque estas participam conscientemente na vida da comunidade política”. As entidades sindicais são “instrumentos a serviço do novo ordenamento econômico” (vale dizer, ordenamento corporativo fascista), por serem entes de direito público dotados de personalidade jurídica por meio dos quais o Estado persegue fins que lhe são próprios. Por isso, o sindicato é definido como “a união voluntária de várias pessoas que, pertencendo à mesma categoria, unem-se com o intuito de desenvolver coletivamente uma ação jurídica para a tutela de seus interesses e dos interesses da categoria”. Em consequência, aos sindicatos é concedida a representação legal de toda a categoria. E as entidades sindicais seriam reconhecidas em função de categorias de empregadores, de empregados e de profissionais liberais, distribuídas em todo o território nacional de acordo com as exigências da categoria interessada⁹⁷.

As associações sindicais são reconhecidas para a representação de interesses coletivos.

O interesse coletivo não é simplesmente um interesse plural, ou de grupo, isto é, não tem como titulares sujeitos determinados, mas um interesse geral, referido a uma série abstrata de sujeitos não identificados, embora possam ser identificados por sua qualidade, suas atividades e sua função econômica. O interesse de grupo é, sem dúvida, um interesse coletivo, no sentido de que assiste a vários indivíduos. Mas estes últimos são sujeitos determinados, identificados, em número certo. A atividade para a concretização deste tipo de interesse pode ser exercida por todos os titulares, reunidos em uma associação que obrigará todos, que agirá em nome de todos. Bem diferente é o interesse geral, cujos titulares são bem mais numerosos,

⁹⁶ COSTAMAGNA, Carlo. Ob. cit., p. 109, nota.

⁹⁷ BOTTAI, Giuseppe. Ob. cit., p. 50-51.

são desconhecidos, não identificados. A categoria compreende também os sujeitos futuros, que a ela pertencerão exclusivamente pelo ato de possuírem as qualidades ou ocuparem posições que distinguem a própria categoria. Para a realização do interesse geral (da categoria) não podem ser chamados de titulares, nem direta nem indiretamente: trata-se de uma representação de vontades. A categoria (profissional ou econômica) é uma série aberta, da qual podem fazer parte os sujeitos mais diferentes, desde que exerçam a mesma atividade de produção ou explorem o mesmo empreendimento econômico⁹⁸.

A noção de categoria (profissional e econômica), portanto, reveste fundamental importância no ordenamento fascista, “porque constitui a base sobre a qual se constrói o ordenamento corporativo italiano”, o âmbito no qual e em referência ao qual se forma um núcleo associativo juridicamente reconhecido. A categoria, como expressão de todos aqueles que se dedicam à mesma atividade laborativa ou atuam como empresários, compreende abstratamente todos os que labutam no mesmo empreendimento econômico (categoria profissional) ou exploram o mesmo empreendimento (categoria econômica). A categoria é anterior a qualquer associação concretamente considerada. A categoria dos têxteis ou dos trabalhadores na construção civil existia muito antes de existirem associações que reunissem os exercentes das respectivas atividades. A associação, pelo contrário, é sempre e apenas um fato voluntário: enquanto é possível a determinação precisa dos componentes de uma categoria, seria sempre possível informar com exatidão o número dos membros de uma associação. A Lei nº 563, de 3 de abril de 1926, adota a categoria como base da associação sindical legalmente reconhecida⁹⁹.

A categoria não é investida de personalidade jurídica. Sustentou-se a tese de que a categoria seria dotada de personalidade jurídica, porque a associação, que a representa, atuaria como órgão da corporação constituída pela categoria. A tese, porém, é inaceitável, porque a Lei nº 563 limita a personalidade jurídica à associação sindical, ao considerar a categoria apenas

⁹⁸ JAEGER, Nicola. *Principi di Diritto Corporativo*, Pádua: CEDAM, 1939, p. 21 e 31.

⁹⁹ CIOFFI, Afredo. *Istituzioni di diritto corporativo*, Milão: Ulrico Hoepli, 1933, p. 85-87.

como o complexo, a soma não organizada dos trabalhadores ou dos empregadores para os quais a associação foi constituída. Existem, é certo, relações jurídicas entre a associação e a categoria. A existência da associação reconhecida atribui caráter jurídico ao grupo no qual a associação foi constituída. A associação determina juridicamente a composição e a extensão da categoria. Por seu turno, o interesse coletivo que a associação é obrigada a tutelar e efetivar é o interesse geral da categoria; faltaria à própria missão o ente sindical que, para determinar aquele interesse coletivo, levasse em conta apenas os interesses dos próprios componentes. Por isso, os interesses sociais, aos quais o sindicato deve atender, são chamados interesses de categoria¹⁰⁰.

O aspecto fundamental a ser evidenciado coincide com a necessária ordenação das categorias. Escreve Mariano Pierro que “com a ordenação das categorias nas várias associações efetiva-se a organização sindical e forma-se a rede de entidades públicas (sindicatos) nas quais todas as categorias profissionais e econômicas encontram adequada colocação e passam a operar organizadamente a serviço dos fins superiores da produção nacional”. A distribuição das categorias nas associações compete incontestavelmente ao Estado. Na realidade da vida econômica surgem situações de impossível regulação prévia, que só o Estado pode avaliar, em vista do interesse geral¹⁰¹.

O regime corporativo da Itália só poderia ser organizado à base da sindicalização por categorias e com adoção do método de enquadramento sindical prévio e obrigatório.

Na Itália fascista, só era possível o reconhecimento de um sindicato para cada categoria, em determinada base territorial. Esta é – nas palavras de Barassi – a unidade elementar do sistema sindical. É o núcleo basilar, o mais importante. É a associação de categoria¹⁰².

Segundo a declaração III da Carta del Lavoro, somente o sindicato legalmente reconhecido e submetido ao controle do Estado tem o direito de

¹⁰⁰ ZANOBINI, Guido. Corso di diritto corporativo, cit., p. 121-122.

¹⁰¹ PIERRO, Mariano. Principi di diritto corporativo, cit, p. 296.

¹⁰² BARASSI, Ludovico. Diritto sindacale e corporativo, cit., p. 125.

representar toda a categoria para a qual foi constituído. O reconhecimento é, assim, o ato político pelo qual o Estado se reserva o controle e a vigilância sobre a associação profissional. O controle estatal, na explicação de Guido Bortolotto, é exercido em todos os momentos e sobre todos os atos da entidade: sobre o programa, sobre os dirigentes, sobre a atividade¹⁰³. No regime corporativo, o sindicato, como detentor de interesses públicos cuja satisfação incumbe ao Estado, deve estar, portanto, submetido a rígido controle por parte do Estado. O controle exercido sobre os sindicatos reconhecidos, mediante o qual o Estado garante de que sua atividade ajusta-se à determinação para cujos fins eles existem, constitui um dos sinais característicos do seu interesse, no sentido de que tais fins se realizem¹⁰⁴.

O princípio unitário monopolístico se refletia não na imposição do sindicato único, mas sim na unicidade do reconhecimento, devendo existir apenas um sindicato reconhecido em cada categoria.

A adoção deste critério é explicada por Barassi como fruto de necessidade política. Não se trata de um critério jurídico. Era justificada por motivos de oportunidade: a pluralidade ensejaria concorrência entre sindicatos, fonte de desordem e de indisciplina, e tornaria mais difícil o controle por parte do Estado; poderia provocar a formação de sindicatos por partidos. Além disso, há que se considerar o exercício de funções delegadas de poder público. Em consequência, a delegação de poderes só seria atribuída por vários sindicatos na mesma categoria. Por outro lado, há necessidade de uma só fonte de poder na organização da produção nacional, que pressupõe a unicidade de ação diretiva, do impulso proveniente da entidade sindical¹⁰⁵.

A sindicalização por categorias representa, em consequência, o elemento basilar do regime de sindicato único consagrado pelo ordenamento corporativo.

¹⁰³ BORTOLOTTI, Guido. Política corporativa, cit., p.171.

¹⁰⁴ SACERDOTI, Piero. L'associazione sindacale nel diritto italiano, cit., p. 143.

¹⁰⁵ BARASSI, Ludovico. Ob. cit., p. 75-76.

A categoria, como quer Bortolotto, apresenta o caráter de autêntica e verdadeira unidade de vida, com direitos próprios, precisas e diretas relações de pensamento, atividade e existência; unidade típica, constante, substancial, produtiva. Por tal razão, o conceito de categoria se contrapõe ao conceito de classe econômica, segundo o pensamento marxista. À base da distinção e da delimitação entre empregadores e empregados, torna-se supérflua a definição de classes, em regime corporativo: se as categorias constituem as associações reconhecidas em caráter monopolístico e unitário para a obtenção dos fins de interesse geral, inútil será a figura de classe, que pressupõe interesses particulares e forma conceito ultrapassado no ordenamento jurídico fascista¹⁰⁶.

O enquadramento das categorias de produtores – explica ainda Bortolotto –, estabelecido em linhas gerais pelas disposições da lei e em parte confiado à atividade discricionária do governo, deriva de motivos sociais, profissionais e políticos. Constitui ato importantíssimo, seja para a regular organização sindical seja para a estável e sólida unidade corporativa. O regime corporativo exige um sistema sindical perfeito: constitui premissa fundamental da corporação a precisa repartição e destinação de energias produtivas pelos sindicatos, que representam unitária e totalmente cada categoria.

A representação profissional assenta sobre o conceito de enquadramento. Na representação sindical compreendem-se todas as atividades da associação profissional, que dizem respeito à organização, à autêntica representação e à tutela dos interesses da categoria. O ambiente e a esfera de competência de tal representação dão os dados do enquadramento. Então, o enquadramento é essencial para o regular ordenamento das associações profissionais. Trata-se, na verdade, de identificação dos interesses das várias categorias, salientando o elemento típico, que configura o caráter específico da organização. Por isso, a identificação dos interesses é função exclusiva do Ministro das Corporações, que representa a mente organizada de todo o complexo de energias produtivas.

¹⁰⁶ BORTOLOTTI, Guido. Política corporativa, cit., p.97.

A organização corporativa inspirou o sistema consagrado, entre nós, pelo Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, que regulou a sindicalização no Brasil; seus dispositivos foram incorporados à Consolidação das Leis do Trabalho. A própria terminologia adotada – categorias econômicas e categorias profissionais – é de inspiração italiana.

Na lição de Evaristo de Moraes Filho, “do ponto de vista sociológico ou econômico, o termo profissional, como atividade habitualmente desenvolvida pelos indivíduos, pelas empresas, ou pelos grupos, no campo econômico, abrange de modo genérico qualquer espécie de atividade. Quer as pessoas naturais quer as pessoas jurídicas, tanto umas, como outras, exercem normalmente certa atividade, desempenham repetidas e homogêneas funções econômicas, criam sempre os mesmos produtos. Daí o uso indiferenciado da palavra profissão nas leis democráticas”¹⁰⁷. Entretanto, a exemplo do ordenamento jurídico da Itália fascista, a nossa lei prefere a nomenclatura “categoria”, distinguindo: a) categorias econômicas (que incluem os empregadores); b) categorias profissionais (que compreendem os empregados); c) categorias diferenciadas (que englobam exercentes da mesma profissão). Os sindicatos, entre nós, não desfrutam autonomia para fixar seus quadros de representação. Estes são estabelecidos, de antemão, pela própria lei, segundo critério que opõe uma categoria profissional a uma categoria econômica. É a atividade da empresa que se enquadra na categoria econômica; a vinculação àquele tipo de empresa determina, por sua vez, a categoria profissional dos trabalhadores.

Por isso, não são as categorias profissionais que se organizam e se impõem ao Estado, mas este é que organiza as categorias profissionais¹⁰⁸.

O anteprojeto que se transformou no Decreto-Lei nº 1.402 foi elaborado por Oliveira Vianna, jurista e sociólogo, que se preocupou com a base científica, de fundo sociológico, do nosso enquadramento sindical. Optou ele, de início, pelo sindicato de ofício ou de categoria, o qual, segundo suas

¹⁰⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. O problema do sindicato único no Brasil, cit., p. 254.

¹⁰⁸ DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo, vol. I, 2ª ed., México: Porrúa, 1943, 238.

palavras, “é o tipo de sindicato que mais nos convém”. Para ele, essa forma de sindicato constitui “o tipo ideal para a organização profissional de povos como o nosso, sem instituições, nem tradições de solidariedade econômica ou profissional”. Só este tipo de sindicato, a seu ver, “pela homogeneidade de sua composição, decorrente de identidade, similitude ou conexidade das profissões ou atividades exercidas pelos seus membros”, apresenta condições de “cristalizar mais rapidamente, entre os seus associados, uma fonte consciência de unidade e de grupo”¹⁰⁹.

Verificou Oliveira Vianna que seria impossível aplicar sem retorques os critérios italianos de sindicalização ao nosso povo. O sistema peninsular identificava o sindicato com a categoria segundo a regra – a cada sindicato uma categoria. Ora, entre nós não era viável a adoção do princípio de que o sindicato se confunde, ou deve confundir-se, com a categoria, levando-se em conta as condições peculiares de distribuição geográfica e densidade profissional¹¹⁰. Em consequência, dissociando os dois fatos que, na doutrina fascista, aparecem associados – o sindicato e a categoria –, adotou os conceitos de similaridade e conexidade, subestimados pela doutrina italiana, mas que a nossa superestima. Permite a nossa lei, realmente, a constituição de sindicatos mediante critério não só de identidade, mas também de similaridade e conexidade, inspirado na doutrina francesa. Lê-se na obra de Paul Pic: “É necessário que os membros do sindicato exerçam a mesma profissão, ou profissões similares ou, pelo menos, profissões conexas. Esta condição se justifica: teria sido demasiadamente rigoroso exigir, como na organização corporativa do antigo regime, a identidade de profissão; mas era indispensável (*omissis*) exigir pelo menos uma certa comunhão de interesses atestada pela analogia ou pela conexidade das profissões exercidas. O qualificativo similar designa ofícios que possuem certos pontos de contato (ex.: padeiros e doceiros). A expressão ofícios conexas designa o conjunto de atividades, como diferentes, que concorrem para a elaboração de

¹⁰⁹ OLIVEIRA VIANNA. Problemas de direito sindical, cit., p. X.

¹¹⁰ OLIVEIRA VIANNA. Problemas de direito sindical, cit., p. 133, 142 e 147.

determinados produtos: assim um só sindicato poderia agrupar todos os trabalhadores na indústria da construção civil (pedreiros, carpinteiros, pintores, estucadores) ou todos os trabalhadores da indústria de construção marítima”¹¹¹.

O nosso sindicato não é em consequência, o sindicato gremial mexicano, que, aliás, é minoritário, embora admitido por lei.

Os §§ 1º e 2º do artigo 511 da CLT referem-se a “vínculo social básico” e “expressão social elementar”.

De acordo com o disposto no § 1º, o vínculo social básico que se denomina categoria econômica é constituído pela solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas. Trata-se da profissão exercida pelos empregadores, isto é, pelos empresários, pelos homens de empresa, pelos empregadores (pelos “que empreendem”); as atividades podem ser não só idênticas, mas também similares ou conexas. Por outro lado, a expressão social elementar compreendida como categoria profissional é composta pela similaridade de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego: a) na mesma atividade econômica; b) em atividades econômicas similares ou conexas. Aí, cuida-se dos empregados, dos que vivem do emprego, dos que exercem “profissão ou trabalho em comum em situação de emprego”. Esse emprego pode ser exercido na mesma atividade econômica (atividades idênticas) e bem assim em atividades econômicas ou conexas.

Esclareceu Oliveira Vianna que o interesse da lei estava em “permitir a constituição de associações sindicais, não só pelo critério da identidade e da conexidade, de modo a dar o máximo de possibilidade à livre manifestação deste espírito da autonomia e destas afinidades associativas existentes entre as diversas profissões ou atividades praticadas no país”¹¹².

¹¹¹ PIC, Paul. *Traité élémentaire de législation industrielle*, 4ª ed., Arthur Rousseau, 1912, p. 272-273.

¹¹² OLIVEIRA VIANNA. *Problemas de direito sindical*, cit., p.101.

Oliveira Vianna se deixou influenciar pela lição dos sociólogos e publicistas que insistiam no tema: o fato de exercer um ofício forma, entre todos os que se dedicam a ele, uma solidariedade natural, pois a profissão é um grupo social natural¹¹³. Daí ao conceito do artigo 511, § 4º, é um passo: “Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural”.

Em nosso país, não se definiu, porém, de modo sistemático, a especialização profissional nem se fixaram critérios de formação profissional, tornando-se necessário definir categoria profissional diferenciada, o que constitui o objetivo do artigo 511, § 3º: “é a que se forma dos empregados que exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares”. Constituem categorias diferenciadas os condutores de veículos rodoviários, os vendedores, os cabineiros de elevadores, etc.

5.2.5. Unicidade sindical

A declaração III da Carta del Lavoro não impõe expressamente a unicidade sindical. Este regime (unicidade) fora previsto pela lei sindical fascista (Lei nº 563 de 1926) em seu artigo 6º, alínea 3ª: “Só pode ser reconhecida legalmente para qualquer categoria de empregadores, empregados ou profissionais liberais uma única associação”. Para não causar repercussões negativas no plano internacional (a Itália era país membro da OIT), a Carta resguardou a possibilidade da criação de associações de fato, embora declarando enfaticamente que só gozariam das prerrogativas sindicais as associações legalmente reconhecidas. Como, de acordo com a lei, só uma associação poderia ser reconhecida, implantou-se na Itália a unicidade sindical (unidade imposta por lei), regime necessário à política corporativa do Estado.

¹¹³ OLIVEIRA VIANNA. Ob. cit., p. 40.

A eventual coexistência de uma ou mais associações de fato com uma única associação reconhecida para fins legais não oculta a verdade: o monopólio legal das associações reconhecidas.

O sindicato fascista é, assim, sindicato único, embora o sindicato único não seja privativo do fascismo. Antes da Itália, a União Soviética adotara a unidade sindical, com base nos ensinamentos de Lênin¹¹⁴. No primeiro período subsequente à Revolução de 1917, dito “comunismo de guerra”, os sindicatos são organismos estatais. A situação muda a partir de 1922, com a introdução da NEP (Nova Política Econômica), quando os sindicatos, embora não mais órgãos do Estado, assumem a característica de entidades de direito público. O sindicato é único e nacional, organizado segundo os ramos da indústria e estende sua autoridade a todo o território da União Soviética. Há, assim, um sindicato único para cada ramo da indústria¹¹⁵.

Não há dúvida de que, cronologicamente, a União Soviética precedeu a Itália na adoção da unicidade sindical, mas desta circunstância não há como supor que tenha o sindicato único soviético influenciado o italiano, nem o brasileiro. O sindicato único não é, portanto, fascista na sua origem. Há, historicamente, três tipos de sindicato único: o adotado pelos regimes corporativos (Itália fascista, Portugal de Salazar, Espanha de Franco, Brasil até hoje); o que existiu na União Soviética; e o de países como a Alemanha e o Reino Unido, onde há a possibilidade jurídica de pluralidade sindical, porém neles prevalece a unicidade sindical por deliberação espontânea dos interesses¹¹⁶.

Se o fascismo italiano não “inventou” o sindicato único (no sentido de primazia histórica em sua adoção), o certo é que o consagrou como elemento fundamental de estrutura corporativa, pois, segundo a lógica do corporativismo, o sindicato único constitui peça inarredável na organização do

¹¹⁴ LÊNIN. Que fazer? In: Obras escolhidas de V. I. Lenine, 1º vol., 3ª ed., São Paulo: Alfa-Ômega, 1986, p. 79 e segs., especialmente p. 168 e 186.

¹¹⁵ CHARLIER, M. Le rôle politique des syndicats. In: Le syndicalisme moderne, Paris: Recueil Sirey, 1932, p. 171.

¹¹⁶ ROMITA, Arion Sayão. Sindicalismo, economia, Estado democrático, São Paulo: 1993, p. 15.

Estado. E foi, sem dúvida, o sindicalismo italiano que influenciou a unidade sindical consagrada no Brasil nos anos 1930. O sindicato único de tipo corporativo – e não o soviético – está presente na raiz da unicidade sindical brasileira.

Foi com base nas observações de Maxime Leroy, divulgadas em livro em 1913, que Evaristo de Moraes Filho demonstrou ter sido o sindicato único preconizado pelas classes operárias francesas, “como a melhor política a ser erguida na defesa de seus interesses profissionais”¹¹⁷. Como a união faz a força e a profissão é uma, único há de ser o sindicato. Mas não foi com base nesta lição que o sindicato único surgiu no Brasil nos anos 30, e sim como reflexo de sua consagração pelo corporativismo italiano. Evaristo de Moraes Filho se esforça por convencer que “a adoção do sindicato único não se prende ao surgimento do fascismo no cenário político dos últimos tempos. O destino do primeiro não está subordinado à sorte de segundo”¹¹⁸. A ideia do sindicato único era difundida na Europa no começo do século XX. Não era privativo do comunismo soviético nem do fascismo italiano. Era – digamos assim – uma ideia que pairava no ar. Acolhida que foi, no entanto, pela Itália fascista, sua influência se espalhou e, onde encontrou ambiente político propício, sentou praça. Foi o que se deu no Brasil, a partir da vitória da Aliança Liberal em 1930, com o triunfo das ideias corporativistas. Se não aceitar a tese da consagração do sindicato único por influência do corporativismo italiano na lei sindical de 1931, pelo menos na lei de 1939 esta influência é incontestável, pois o artigo 138 da Carta de 10 de novembro de 1937 (mera transcrição da declaração III da Carta del Lavoro) obrigava o legislador ordinário a consagrar o monismo sindical. Na vigência da Carta de 1937, qualquer tipo de sindicato que não fosse o sindicato único organizado por categorias seria inconstitucional. Por esse motivo, a Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1943, não poderia deixar de acolher a unicidade sindical, o que faz mercê do disposto no artigo 516: “Não será reconhecido mais de um

¹¹⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. O problema do sindicato único no Brasil, cit., p. 181.

¹¹⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. Id., Ib.

sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial”. Este dispositivo está em vigor até hoje, porque compatível com o disposto no artigo 8º, inciso II, da Constituição de 5 de outubro de 1988: “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial (...)”.

Pouco importa a origem histórica do instituto. Os debates em torno deste assunto são estéreis, sempre conduzidos pelas convicções políticas daqueles que neles intervêm; a parte alguma conduzem. Interessa – isto sim – a função desempenhada pelo instituto, o uso político que dele se faz, sua inserção no momento histórico. O sindicato único no Brasil tem sido utilizado – tal como ocorreu na Itália fascista – para servir aos propósitos do Estado autoritário e corporativista: eis o *punctum saliens* da questão, o desate científico da controvérsia.

5.2.6. Estrutura confederativa

O ordenamento sindical da Itália fascista era articulado em confederações de empregadores e de trabalhadores para a indústria, a agricultura, o comércio, o crédito e os seguros. O real decreto de 22 de novembro de 1928, nº 2508-2979, revogando o reconhecimento da Confederação nacional dos sindicatos fascistas, desbloqueou a frente única dos trabalhadores. Esse regime dizia respeito unicamente ao setor das relações de trabalho, e perdurou até 1930, quando foi estendido a todo o setor econômico, com a instituição de órgãos estatais representativos dos vários ramos da produção, considerados singularmente (em 1934, foi promulgada a lei de 5 de fevereiro, nº 163, que instituía as corporações)¹¹⁹.

No Brasil, não se deu a oportunidade histórica de instituir as corporações previstas pela Carta de 1937. Embora os dois primeiros degraus

¹¹⁹ SANSEVERINO, Luisa Riva. Diritto sindacale, 3ª ed., Turim: UTET, 1976, p. 19.

da organização corporativa do Estado estivessem assentados desde 1939 (organização sindical: Decreto-Lei nº 1.402; Justiça do Trabalho: Decreto-Lei nº 1.237), nesse mesmo ano de 1939 teve início a Segunda Guerra Mundial, o que impediu Getúlio Vargas de completar a obra cujo início se dera com a outorga da Carta do Estado Novo (1937).

O certo é que a estrutura confederativa da organização sindical estava nos planos do governo. O Decreto-Lei nº 1.402, de 1939, que instituiu a organização sindical segundo os parâmetros contidos na Carta outorgada de 10 de novembro de 1937, relacionava no art. 24 as confederações nacionais, transformando-se no art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho: confederações formadas pelas federações de sindicatos de empregadores - § 1º; confederações formadas pelas federações de empregados - § 2º; e reunião das federações de sindicatos de profissionais liberais - § 3º.

O art. 533 da CLT esclarece que as federações e confederações constituem associações sindicais de grau superior, enquanto os sindicatos são denominados associações sindicais de primeiro grau (CLT, art. 561).

O sistema confederativo, conservado até hoje (Constituição de 1998, art. 8º), configura, portanto, uma pirâmide: na base os sindicatos, que se agrupam em federações e, na cúpula, as confederações, segundo o modelo corporativo.

Segundo o pensamento de Oliveira Vianna, autor do anteprojeto do Decreto-Lei nº 1.402, "as confederações são essencialmente órgãos de política econômica do Governo, instrumentos de que o Presidente da República se utiliza para realizar o controle e a direção da economia nacional bem como para definir as diretrizes gerais da sua política social". Suas funções "terão que ficar limitadas às de simples órgãos de ligação entre o Estado e as categorias econômicas sindicalizadas, para efeitos da política econômica ou social do Governo". Por meio delas, "o Presidente da República (...) fará descer sua orientação às organizações do 2º grau (federações) e às do 1º grau

(sindicatos), isto é, a toda a vida econômica nacional. Esta, a grande função das confederações no nosso sistema sindical”¹²⁰.

Exerceriam as confederações, assim, funções relevantes no contexto do “nosso sistema sindical”, porém essas funções só poderiam ser exercidas enquanto não fosse efetivamente implantado no País o regime corporativo preconizado pela Carta de 1937. Quando instaladas as corporações, elas tenderiam a absorver o papel de confederações. Oliveira Vianna di-lo claramente: “Devo observar o seguinte: as confederações estão tendendo a ficar muito reduzidas na sua importância com a expansão progressiva do regime corporativo. Em regra, a instituição das organizações corporativas tem importado, na Itália e em outros países, no enfraquecimento das confederações, que perdem aquela soma considerável de poderes e atribuições em favor daquelas”¹²¹.

O destino funesto reservado às confederações, contudo, não se consumou, porque, como se sabe, as corporações jamais foram instaladas no Brasil, não porque Getúlio Vargas a elas se opusesse, mas por força da História: a Segunda Guerra Mundial o impediu. O certo é que a estrutura confederativa da organização sindical brasileira aí está, forte e pujante.

5.3. A Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho exerce função política, assim na Itália corporativista como no Brasil.

A Justiça do Trabalho (Magistratura del Lavoro), ao lado da organização sindical, da proibição de greve e das corporações, constitui um dos pilares da estrutura do Estado corporativo italiano.

O Estado corporativo é intervencionista e, como tal, envolve-se em todas as esferas da atividade humana, inclusive – é obvio – na solução dos

¹²⁰ OLIVEIRA VIANNA. Problemas de direito sindical, cit., p. 89-90.

¹²¹ OLIVEIRA VIANNA. Id., p. 87.

dissídios do trabalho, quer individuais quer coletivos. As formas extrajudiciais de composição dos conflitos de trabalho são desencorajadas, pois convém ao Estado corporativo condicionar os fatores da produção a nele buscar a solução para as controvérsias oriundas da relação de trabalho.

Observa Alessandro Raselli que a Justiça do Trabalho, criada pela Lei nº 563, de 3 de abril de 1926, representa um dos institutos fundamentais do regime corporativo, por ser “o órgão pelo qual o Estado estabelece e impõe a justa solução do conflito entre as categorias representadas pelas associações profissionais reconhecidas, no interesse superior social”¹²².

A principal função da Magistratura del Lavoro é preencher o vazio deixado pela proibição da greve. Como diz claramente Barassi, “a Magistratura del Lavoro substitui a greve e o lock-out (*serrata*), que são proibidos”¹²³. Este efeito é mais visível na adoção do método jurisdicional de composição dos conflitos coletivos de interesses, ditos de natureza econômica.

A luta de classes, levada a termo com as armas da greve e lock-out (*serrata*), tem sempre por consequência desorganizar a produção e perturbar a ordem pública. Daí a decisão do Estado corporativo de intervir entre o capital e o trabalho mediante a ação de um órgão público, cujo resultado tornasse inútil o apelo à autodefesa de classe. A autodefesa representa – à parte os danosos efeitos do ponto de vista econômico e social – um estágio inferior da evolução jurídica. Da mesma forma como a justiça do Estado suplantou e eliminou a justiça privada, características dos ordenamentos sociais primitivos, ela se sobrepõe aos grupos e às classes, proibindo a autodefesa, como esta é proibida aos indivíduos.

A proibição, mediante sanções penais, da greve e do lock-out encontra justificação na função do Estado de manter a paz social. Na verdade, a proibição da greve no Estado corporativo tem justificativa mais profunda, como afirmação do dever social de trabalho. O Estado deve fazer obra de justiça entre as classes e, portanto, tem o dever de impedir que elas abram

¹²² RASELLI, Alessandro. La magistratura del Lavoro – giurisprudizione, Pádua: CEDAM, 1934, P. 3-4.

¹²³ BARASSI, Lodovico. Diritto sindacale e corporativo, cit., p. 358.

luta entre si, quando pretendem com a greve e o lock-out impor a lei do mais forte.

Estas ideias fascistas ecoaram no Brasil, onde encontraram campo propício para medrarem e inspiraram a criação da Justiça do Trabalho, principalmente a partir do golpe de Estado que implantou o Estado Novo, em 1937. Em um improviso, de 30 de novembro de 1938, assim se manifestou Getúlio Vargas: "O Estado não compreende, nem permite, antagonismos de classes nem explosões violentas de luta; para esse fim, criou órgãos reguladores, que não só coordenam as relações como dirimem divergências e conflitos entre as diferentes classes sociais".

A regulação das relações de trabalho compõe uma estrutura complexa, em que cada elemento se ajusta aos demais. A Justiça do Trabalho é apenas uma das peças desta vasta engrenagem. A presença de representantes classistas na composição dos órgãos da Justiça do Trabalho é resultante da montagem dessa regulação. O poder normativo também reflete essa característica.

Instituída pela Constituição de 1934, a Justiça do Trabalho só vicejou no ambiente político do Estado Novo instaurado em 1937.

A Carta do Estado Novo (10.11.1937) instituiu a Justiça do Trabalho (artigo 139, 1ª alínea), no capítulo "Da ordem econômica", como órgão do Poder Executivo, dispondo expressamente que a ela não se aplicariam as disposições relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça

Comum. Era, na verdade, órgão especial do Estado, fora do Poder Judiciário, instituído com a finalidade de "dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social".

A feição corporativa da Justiça do Trabalho era exigência da própria Carta Constitucional de 1937, como demonstrou Theotonio Monteiro de Barros Filho: "Não se diga que já antes, na vigência da Constituição de 1934, ela se apresentava com um tal caráter. Do simples fato de haver aquela Constituição determinado, dede logo, no seu § 2º do seu artigo 122, que a Justiça do Trabalho se organizasse por meio eletivo e sob o critério de representação

paritária das classes, não se poderá inferir que o legislador constitucional houvesse desejado imprimir-lhe um cunho corporativo. Até mesmo porque, a admitir-se essa interferência, a Justiça do Trabalho seria aberrante das linhas mestras da construção constitucional de 1934, que não era em nada corporativa. Na carta outorgada a 10 de novembro de 1937, já o problema surge com outro aspecto. Embora fossem banidos os detalhes a que havia descido o texto do § 2º do artigo 122 da Constituição derogada, o certo é que, ao legislador ordinário, não ficou a liberdade de organizar a Justiça do Trabalho senão com o caráter corporativo”. Essa feição se refletiria, entre outros pontos, até mesmo na ênfase dada à conciliação (as Juntas, antes de serem “de Julgamento”, eram “de Conciliação”). Nas palavras de Theotônio Monteiro de Barros Filho, “o regime corporativo traz implícitas as ideias de conciliação e arbitragem”. E mais: o corporativismo se afirma definitivamente na composição paritária dos tribunais do trabalho. Segundo a lição de Theotônio Monteiro de Barros Filho, “na prática, a colaboração, que é a própria essência do corporativismo, se torna efetiva por meio da representação igual das forças da produção, nos órgãos corporativos. Assim, estruturar corporativamente a Justiça do Trabalho será formar os seus órgãos com elementos tirados das classes trabalhadoras e patronais, em partes iguais”¹²⁴. Do mesmo sentir é Orlando Gomes, que, ao referir-se às Juntas de Conciliação e Julgamento, escreve: “Em sua composição, obedecem ao critério corporativo. Um dos vogais deve ser empregador; o outro, empregado”¹²⁵.

A Justiça do Trabalho foi instituída no Brasil com a finalidade de anular o conflito entre as classes, evitando o contato direto entre elas e refletindo em consequência a mesma feição paternalista. Essa noção é claramente exposta por um de seus mais destacados integrantes: “Penso que a Justiça do Trabalho brasileira foi genial provisão estatal para os nascentes conflitos do trabalho no Brasil. Difícil, à época, ainda, de ser absorvida a ideia de uma jurisdição especial para as questões do trabalho, surgiu modestamente

¹²⁴ BARROS FILHO, Theotônio Monteiro de. *Justiça do Trabalho*, São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1938, p. 86.

¹²⁵ GOMES, Orlando. *Direito do Trabalho – estudos*, Bahia: Edições Forum, 1941, p. 107.

incrustada na estrutura do Ministério do Trabalho. Nem sempre bem compreendida, mas dentro do espírito do Estado paternalista de Getúlio Vargas, foi uma antecipação do Estado aos conflitos, aparelhando-se para solvê-los com presteza e segurança”¹²⁶.

Foi à luz dessas ideias políticas que se instituiu entre nós a Justiça do Trabalho, inicialmente regida pelo Decreto-lei nº 1.237, de 1939, e hoje pela Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 643 e segs.). As principais características corporativistas da Justiça do Trabalho são: a) a representação classista na composição dos seus órgãos; b) o poder normativo, exercido no julgamento dos dissídios coletivos de interesses; c) a ênfase na conciliação.

5.3.1.A representação classista

A Magistratura del Lavoro se caracteriza pela presença de juízes classistas na composição de seus órgãos. Estes classistas eram denominados *consiglieri esperti* (literalmente, conselheiros peritos), mas não atuavam como peritos, na acepção processual do vocábulo: eram verdadeiros juízes. “Os dois peritos” – esclarece Costamagna – “são dois juízes como os outros e participam da formação do Tribunal: este será composto de cinco juízes, três magistrados de carreira (magistrados do Tribunal de Apelação) e dois juízes peritos (*esperti*), que, no entanto, participarão das decisões com voto deliberativo”¹²⁷.

Na Itália de Mussolini, a Justiça do Trabalho apresentava composição diversa, segundo a matéria objeto de discussão. Os dissídios coletivos eram de competência da Magistratura del Lavoro, segundo as determinações da citada Lei nº. 563. A Magistratura del Lavoro era constituída por uma seção (turma) especial do Tribunal de Apelação, composta de três membros, assistidos por

¹²⁶ PIMENTEL, Marcelo. Discurso proferido na sessão solene de posse da nova administração do Tribunal Superior do Trabalho, em 19.12.1988. In: Diário da Justiça de 7.3.1989, p. 2884.

¹²⁷ COSTAMAGNA, Carlo. Diritto corporativo italiano, cit., p. 369.

dois peritos em questão de produção e trabalho, nomeados pelo primeiro presidente. Assim justifica Guido Bortolotto a presença dos peritos, que eram verdadeiros julgadores (não se trata de “peritos”, na acepção processual do termo): “Dada a natureza especial dos dissídios, é justo que a magistratura del Lavoro seja integrada por elementos particulares versados nos diversos ramos de atividade, especialmente quando, tratando-se de estipular novas condições de trabalho, sejam exigidos conhecimentos especiais de que os juízes não dispõem. Daí a necessidade da presença dos peritos, que participam do colegiado como verdadeiros e próprios juízes, com voto, e atuando como relatores nos julgamentos”¹²⁸. Já para os dissídios individuais, de acordo com a Lei nº 76, de 22 de janeiro de 1934, competente era o pretor ou o tribunal, com a assistência de dois cidadãos peritos em questões de trabalho, um pertencente à categoria dos empregadores, e o outro, à dos empregados.

A preocupação do legislador corporativo era assegurar a participação dos interessados no julgamento dos dissídios individuais e coletivos, a fim de garantir que a regulamentação das relações de trabalho fosse particularmente adaptada a cada ramo de produção, como leciona Alessandro Raselli, em texto anteriormente citado¹²⁹.

A participação dos representantes classistas na composição dos órgãos da Justiça do Trabalho teria também o condão de amortecer o ímpeto dos trabalhadores no sentido de deflagrarem movimentos grevistas, pois, como salientou o Gran Consiglio Nazionale del Fascismo, onde existe a justiça do trabalho deve ser proibida a autodefesa de classe, isto é, a greve¹³⁰.

A presença dos representantes classistas na composição dos órgãos da Justiça do Trabalho era assegurada pela CLT: vogais das Juntas de Conciliação e Julgamento (arts. 660 a 667); juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho (arts. 684 a 689); ministros do Tribunal Superior do Trabalho (art. 693, b, e §§ 2º e 3º).

¹²⁸ BORTOLOTTI, Guido. *Diritto corporativo*, Milão: Ulrico Hoepli, 1934, p. 214-216.

¹²⁹ RASELLI, Alessandro. *La magistratura del lavoro*, cit., p. 17.

¹³⁰ COPPOLA, Ercole. *Diritto del lavoro e previdenza sociale*, cit., p. 91.

Depois de alguns percalços, a representação classista, que fora conservada pela Constituição de 5 de outubro de 1988, veio finalmente a ser extinta pela Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999.

5.3.2. O poder normativo da Justiça do Trabalho

A concepção unitária da soberania, como é aquela que anima a doutrina fascista do Estado, privilegia a solução estatal das controvérsias de trabalho. A Costamagna parece “natural” que o poder jurisdicional em matéria de dissídios coletivos de interesses seja atribuído ao Estado, confiando-se à Magistratura del Lavoro – órgão do Estado – a tarefa de dirimir tais controvérsias¹³¹.

Costamagna passa em revista os métodos de composição dos conflitos coletivos adotados em diversos países. A conciliação obrigatória ou facultativa, a arbitragem obrigatória ou facultativa são examinadas e criticadas, estigmatizadas porque revelam “desconfiança do Estado”. Os debates em torno desses métodos mostram sua inadequação. A arbitragem obrigatória, adotada na Nova Zelândia em 1908 e na Austrália em 1904, também não satisfaz. A decisão neste sistema emana de uma “corte permanente”, composta por um juiz da Corte suprema e dois outros membros nomeados pelo governador entre pessoas designadas pelas associações sindicais. A decisão se aplica também àqueles que não fazem parte do sindicato e não admite recurso. Na Austrália, reivindica-se maior controle por parte do Estado, no sentido de que os conflitos coletivos fossem submetidos a julgamento jurisdicional¹³².

A expressão mais perfeita de um sistema de jurisdição emerge no ato pelo qual o Estado se torna o juiz da controvérsia. A exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei nº 563, de 1926, salienta que, ao afirmar a

¹³¹ COSTAMAGNA, Carlo. Diritto corporativo italiano, cit., p. 366.

¹³² COSTAMAGNA, Carlo. Ob. cit., p. 348-352.

jurisdição absoluta do Estado sobre os conflitos coletivos, a Itália se punha à frente do movimento legislativo mundial. “Nenhuma legislação – afirma a exposição de motivos – conhece sistema tão completo e orgânico como este que esboçamos”. O defeito de todos os sistemas legislativos estrangeiros, revelado em seus insuficientes resultados, deriva da falta de caráter orgânico. A própria nomenclatura – arbitragem obrigatória, jurisdição arbitral, etc. – implica a confissão da impotência do Estado. O árbitro não é juiz. Ora, o Estado não é parte nas controvérsias coletivas de trabalho, ele é soberano e sua decisão não deve ter o caráter de compromisso, de transação, próprio das sentenças arbitrárias e que reduz seu prestígio. Por isso, a reforma corporativa instituiu na Itália a Magistratura del Lavoro e lhe atribuiu a tarefa de (entre outras) julgar os dissídios coletivos de natureza econômica. O artigo 13 da Lei nº 563 declara que todas as controvérsias sobre criação de novas condições de trabalho são da competência da Corte de Apelação que funciona como Magistratura del Lavoro.

Como se pode perceber, o sistema corporativo de solução dos dissídios coletivos de interesses é original. Não copiou sistema algum anterior. Não é correta a afirmação de alguns juristas, segundo a qual o poder normativo da Justiça do Trabalho encontra origem na legislação da Austrália e da Nova Zelândia. O sistema italiano é o da solução jurisdicional, não o da arbitragem obrigatória. Não se confundem estes sistemas, o da arbitragem obrigatória e o da solução jurisdicional.

O artigo 16 da Lei nº 563, primeira alínea, dispõe que a Corte de Apelação, atuando como juízo de trabalho, na formulação das novas condições de trabalho, julga segundo a equidade, harmonizando os interesses dos empregadores e dos trabalhadores, velando em qualquer caso pelos superiores interesses da produção. Este preceito inspirou o teor do artigo 766 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justo salário aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas”. Cabe lembrar também o disposto no artigo 8º consolidado, *in fine*, segundo o

qual a Justiça do Trabalho decidirá “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Cesarini Sforza é enfático ao estabelecer a distinção entre o sistema de arbitragem e o sistema corporativo. Diz ele: “O que caracteriza o sistema corporativo em comparação com o da arbitragem é que no primeiro a tarefa de decidir cabe ao juiz, cuja autoridade emana do Estado, e não a um colegiado arbitral. O magistrado do trabalho é um juiz e não um árbitro; sua sentença não deve ter caráter compromissório ou transacional, mas deve antes inspirar-se em uma justiça superior às partes”¹³³.

A solução jurisdicional dos dissídios coletivos de interesses, criada pelo regime corporativo italiano, foi a adotada pelo Brasil, mercê da Carta outorgada de 10 de novembro de 1937, e está em vigor até hoje.

O poder normativo foi implantado no Brasil juntamente com a Justiça do Trabalho. Previsto, inicialmente, pela Constituição de 1934, a sua instituição foi reproduzida pela Carta outorgada de 10 de novembro de 1937, porém, implementada praticamente, no plano de legislação infraconstitucional, pelo Decreto-Lei nº 1.237, de 1939. Era a época do Estado Novo, ambiente político fechado, ditatorial, autoritário, que pretendia implantar no Brasil a organização da economia em bases corporativas, tomando como modelo o fascismo da Itália de Mussolini.

Entretanto, o Brasil mudou. A Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário, mercê da Constituição de 18 de setembro de 1946, e, nessa passagem para o regime democrático, o poder normativo simplesmente teria de ser eliminado. Todavia, por uma questão cultural, sobreviveu a teratologia jurídica denominada poder normativo da Justiça do Trabalho. Surge, então, uma contradição insanável entre o poder normativo, criação de uma ditadura, e a competência funcional da Justiça do Trabalho no regime democrático. Se a Constituição de 1988 afirma solenemente, em seu pórtico, que o Brasil se constitui em Estado democrático de direito, cabe-lhe a tarefa de explicitar a assertiva em outros preceitos que a complementem. De fato, isto ocorre.

¹³³ CESARINI SFORZA, Widar. Corso di diritto corporativo, cit., p. 241.

Encontramos no artigo 5º uma série de medidas aptas a implantar o regime democrático no Brasil, entre as quais (inciso LV) aquela que afirma o princípio do contraditório; no entanto, o dissídio coletivo de interesses não se submete a esse princípio, porque o julgamento obedece à equidade, mercê da qual o Tribunal do Trabalho contrabalança os interesses opostos de empregados e de empresários. Outra contradição resulta do artigo 93, inciso IX, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Como, cria a norma, ou seja, legisla, parece que está dispensado do esforço de fundamentar sua decisão.

Mas a sentença normativa, embora lei que é, tem corpo de sentença e, como tal, não pode deixar de ser fundamentada.

O instituto do dissídio coletivo de interesses, em face do regime político instituído em 1937 pelo ditador Getúlio Vargas, funcionava como uma pequena peça na vasta engrenagem, que, àquela época, respondia bem à evolução sócio-político-econômica. Instrumento pelo qual se exercia o poder normativo da Justiça do Trabalho, o dissídio coletivo de interesses compunha uma constelação política que amparava, no campo das relações de trabalho, a filosofia social implantada pela Carta fascista de 10 de novembro de 1937.

O exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho está regulado pelos artigos 856 a 871 da CLT. Com a nova redação dada ao artigo 114, § 2º, da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, sua extensão está sensivelmente reduzida.

5.3.3. A ênfase na conciliação

As duas primeiras constituições que trataram da Justiça do Trabalho não se referiam à função conciliatória. A Constituição de 1934, no art. 122, dizia apenas que a Justiça do Trabalho era instituída “para dirimir questões entre empregadores e empregados”. A carta outorgada de 10 de novembro de 1937 (art. 139, primeira alínea) também institui a Justiça do Trabalho “para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados”.

Foi a Constituição de 18 de setembro de 1946 que, pela primeira vez, atribuiu à Justiça do Trabalho a função de conciliar. No art. 123, dispôs que “competem à Justiça do Trabalho *conciliar e julgar* os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores”.

A referência à conciliação foi mantida na Constituição de 1967 e bem assim na Emenda Constitucional nº 1, de 1969. A primeira (1967), no art. 134 e a outra (1969), no art. 142, repetiram o texto de 1946, com ênfase na conciliação: à Justiça do Trabalho compete *conciliar* e julgar, vale dizer, em primeiro lugar a conciliação. Ela só julgaria se não vingasse a conciliação. Era uma justiça destinada, primordialmente, a conciliar os litigantes. A tarefa de *julgar* era secundária: a ela só se entregaria o juiz do trabalho se fracassasse a tentativa de conciliação. Esta não era, como se vê, a verdadeira natureza de uma justiça “judiciária” e, em consequência, a Justiça do Trabalho deveria ser vista como uma justiça “para fazer acordo”. Somente na impossibilidade do acordo, o juiz proferiria sentença, ou seja, o juiz não existia propriamente para exercer jurisdição, mas sim para conciliar os litigantes.

Esta mentalidade foi preservada pela Constituição de 5 de outubro de 1988, que, no art. 114, repetiu literalmente o texto das cartas anteriores, desde 1946: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores”. A função conciliatória, como se vê, veio para ficar...

Entretanto, fez-se a luz: a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, dando nova redação ao art. 114 da Constituição de 1988, atribuiu-lhe competência para “processar e julgar” os dissídios oriundos da relação de trabalho. Não mais para “conciliar e julgar”, mas para “processar e julgar”. Isto é, a Justiça de Trabalho, agora, existe para exercer jurisdição, não mais para, como função primordial, conciliar os litigantes. Trata-se de um avanço ou de um retrocesso? Trata-se, fora de qualquer dúvida, de um avanço no sentido da democratização da Justiça do Trabalho no Brasil.

A atual regulação das relações de trabalho, ou seja, a regulação do conflito industrial no Brasil, remonta, como sabemos, ao Estado Novo. A

legislação básica, que pode ser considerada ainda em vigor, foi promulgada em 1939: o Decreto-Lei nº 1.237, que instituiu a Justiça do Trabalho.

A conciliação é indispensável, assim como os dissídios individuais como os coletivos. E é não só imposta pela legislação como estimulada oficialmente. Sobre ela já dispunha o art. 30 do Decreto-Lei nº 1.237, de 1939, que instituiu a Justiça do Trabalho no Brasil, dispositivo que se incorporou à CLT, em 1943, como art. 764: “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”. Sobre o instituto da conciliação, assim se expressam os autores de “Direito Brasileiro do Trabalho”, em 1943: “Mas a vantagem da conciliação não está apenas na rapidez que imprime ao processo. O seu verdadeiro mérito consiste em pôr fim, de fato, ao dissídio. Como afirmou o Ministro Marcondes Filho, as demandas precisam ter fim e o fim verdadeiro não está no processo. Está, sim, na conformação, para desgosto íntimo não eternize o litígio em nosso espírito. Ter espírito de conciliação não é pleitear de menos; é não pleitear demais. Não é cumprir mais do que se deve, mas reconhecer o que se deve. Não é um apelo ao coração. É um ato de inteligência”¹³⁴.

Ora, todos os que militam no Foro Trabalhista sabem, por experiência, que a celebração de “acordo” nos dissídios individuais faz-se, sempre, em detrimento da integral satisfação dos direitos do autor. O reclamante “faz acordo” premido pela necessidade, pressionado pelo temor da inflação (que a correção monetária apenas atenua), impelido pelo desejo de rápida solução da controvérsia (sabe que o cumprimento efetivo da condenação demandará 6 ou 7 anos)... Isto, quanto aos dissídios individuais.

No tocante aos dissídios coletivos de interesses, sabe-se que a grande maioria dos “acordos” deriva da necessidade que têm os sindicatos de trabalhadores de simular uma ação coletiva. É pacífico, na jurisprudência que interpreta o art. 114 da Constituição (“competete à Justiça do Trabalho conciliar

¹³⁴ SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval; SEGADA VIANNA, J. de, Direito Brasileiro do Trabalho, cit., p. 638.

e julgar... os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”), que a ação de cobrança das contribuições assistenciais só podia ser proposta perante a Justiça do Trabalho se o acordo fosse por ela homologado; se a convenção ou o acordo coletivo forem extrajudiciais, competente era a Justiça Comum. Como interessa aos sindicatos propor ação perante a Justiça do Trabalho, o dissídio coletivo era ajuizado apenas *pour épater*, pois o verdadeiro intuito, objetivado na homologação judicial do acordo, era fixar a competência jurisdicional para as futuras reclamações individuais.

Aí está o “ato de inteligência”...

Manifesto, ao que tudo indica, é o desvio de raciocínio, no particular. Manter um aparelho caro – como é a Justiça do Trabalho – para conciliar dissídios individuais e julgar dissídios coletivos representa evidente desperdício de esforço humano e gasto desnecessário de verbas públicas.

A tarefa de conciliar os dissídios individuais pode – e deve – ser confiada a órgãos extrajudiciais, por exemplo, comissões paritárias que funcionariam na empresa, no sindicato de trabalhadores, no sindicato patronal ou em algum outro órgão que a negociação coletiva, fruto do entendimento direto entre os interessados, indicasse. Tais comissões, na realidade já existem: a Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, introduziu na CLT os arts. 625-A a 625-H, que tratam das Comissões de Conciliação Prévia. Entretanto, não passam de órgãos anódinos, porque o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, considerou facultativo, e não obrigatório, o acesso a elas, como condição para o ajuizamento de reclamações individuais. A Justiça do Trabalho deve reservar seu esforço para a tarefa de julgar.

Mera tentativa de conciliar as partes constitui trabalho subalterno para juízes de primeiro grau, que se preparam para uma bela carreira, prestaram um concurso difícilíssimo e jamais terão oportunidade de demonstrar sua cultura jurídica se o esforço conciliatório vingar em 100% das demandas. Não é necessário ser juiz para atuar como conciliador; talvez, até, seja melhor não ser. O representante do trabalhador ou o delegado sindical na empresa

terão, seguramente, melhores condições para essa tarefa do que o juiz do trabalho.

No rigor da técnica processual, o juiz que promoveu a tentativa de conciliação está impedido de apreciar o mérito do litígio, já que, mesmo a contragosto, formulou juízo prévio quanto ao desfecho da demanda, antes da dilação probatória e das razões finais dos litigantes.

Nos dissídios individuais, só iriam desembocar na Justiça do Trabalho as causas que efetivamente exigissem o pronunciamento do Poder Judiciário (jurisdição significa, como se sabe, o ato de dizer o direito, isto é julgar). Para conciliar, não é necessário manter um órgão do Poder Judiciário!

Quanto aos dissídios coletivos, a direção do raciocínio se inverte. Estes, sim, devem constituir objeto de conciliação entre os interessados, ou seja, não devem ser submetidos a julgamento, mercê do poder normativo da Justiça do Trabalho. Os conflitos coletivos de interesses só são dirimidos via jurisdicional no Brasil. Convém não confundir método jurisdicional com arbitragem obrigatória. No Brasil, é errôneo ver no exercício do poder normativo modalidade de arbitragem obrigatória. Não: sentença normativa não é laudo arbitral. O poder normativo, no Brasil, é exercido por magistrados, pela via processual. Isto não existe em parte alguma do mundo. E este método não se identifica com a arbitragem que – esta sim – existe ainda em alguns países com características compulsórias, e que se acha em declínio. O método por excelência de composição das controvérsias coletivas de interesses é a negociação coletiva e, se estanho chegar a bom termo, surgirão a mediação e a arbitragem, esta de preferência facultativa.

Em suma: em regime autoritário e corporativo, conciliação para os dissídios individuais e julgamento para os dissídios coletivos; em regime democrático, julgamento para os dissídios individuais e conciliação (ou arbitragem voluntária) para os dissídios coletivos de interesses.

A ideologia corporativista privilegiava a conciliação, como projeção da ideia de superação da luta de classes (preconizada pelo marxismo). O Estado chamava a si a função de conciliar e equilibrar os interesses dos indivíduos. A corporação teria por finalidade última aglutinar todos os agentes econômicos

em torno de um ideal comum. Excluía-se, por princípio, o antagonismo entre os atores sociais. O conflito industrial era negado ou ocultado.

A filosofia da luta de classes seria banida, em contexto político dessa natureza. Dois são os princípios fundamentais do regime corporativo: a intervenção do Estado na questão social e a necessidade de organizar o país em seu aspecto econômico. A intervenção estatal visa à organização da sociedade sobre as bases de autoridade, hierarquia e colaboração. A colaboração entre as duas classes é estendida da ordem do trabalho à ordem econômica e desta à disciplina constitucional – escreve textualmente Costamagna. Daí o “imperativo” da pacificação social ou, nas palavras de Cunha Gonçalves: “A ordem, a paz, a harmonia entre os homens, que são condições imprescindíveis do progresso material e moral dos indivíduos e das classes, só pelo corporativismo podem ser realizadas”.

Neste caldo de cultura política, a conciliação como método de solução das controvérsias do trabalho não pode deixar de ser exaltada.

A formulação corporativista da necessária colaboração dos agentes econômicos em busca da realização dos superiores interesses da produção nacional pressupunha a superação do regime capitalista. Este, contudo, prevaleceu. O que soçobrou foi o corporativismo.

Introduzir elementos estruturais próprios de um regime na organização de outro produz maus resultados. No Brasil, mantém-se a estrutura corporativista, intrometida em regime capitalista, com os maus resultados que se encontram à vista de todos.

É inútil negar ou tentar superar o conflito industrial. Se estabelecermos critérios valorativos para examinar em sua essência o conflito do ponto de vista sociológico, podemos distinguir um negativo e um elemento positivo. O negativo se identifica como elemento disfuncional e o positivo seria um fator de integração dos sistemas sociais. Essa diversidade de conceituação condiciona o tratamento dispensado pelo Estado à composição do conflito. A concepção negativa do conflito, vendo nele uma expressão de desvio de conduta, ou de conduta desviada, enseja um tratamento que conduz à sua eliminação, como fator de desequilíbrio ou de tensão prejudicial ao normal

desenvolvimento das relações sociais. Ao passo que a concepção do conflito como elemento positivo na dinâmica social impõe um tratamento que se traduz na institucionalização das situações conflitivas. Estas situações não devem ser eliminadas, mas sim reguladas, partindo da plena admissão de sua existência e do conseqüente reconhecimento dos elementos criadores surgidos no seio dos grupos em conflitos.

Em tese, o método do entendimento é preferível, uma vez que poupa a sociedade dos transtornos provocados pela quebra da normalidade inerente à rotina da produção e dos serviços. Entretanto, o conflito não pode ser ignorado nem reprimido *a priori*. Cabe lembrar a lição de Heráclito, filósofo pré-socrático, para quem “o conflito é pai de todas as coisas”. A justiça não significa de modo algum apaziguamento. Pelo contrário, as tentativas de suprimir as linhas de conflito, por força de pré-fabricadas ideologias de harmonia e unidade social, só têm servido, até hoje, para aumentar as manifestações de violência, em vez de diminuí-las. Mas, ver a realidade como fundamentalmente constituída por uma tensão de opostos, não significa necessariamente optar pela guerra, pela luta armada. Não se trata disso. Não se cuida da eliminação de um dos contendores pela imposição do outro. A tensão que constitui a verdadeira harmonia necessita, para perdurar, de ambos os opostos, e este é o cimento que realiza a solidificação das relações sociais.

O que temos no Brasil: uma sociedade de consenso ou uma sociedade conflitiva? Há uma distinção entre estes dois tipos de sociedade. Na sociedade conflitiva, as relações sociais estão estruturadas de modo a estabelecer um clima de contenção e de equilíbrio entre os grupos de interesses. Ao passo que, no outro tipo (a sociedade de consumo), as relações mútuas se baseiam na convicção de que os objetivos comuns podem ser alcançados por meio de uma ação de cooperação. A sociedade que, no mundo contemporâneo, mais se caracteriza como de consenso, é a da República Federativa da Alemanha, e as sociedades conflitivas são basicamente as sociedades latinas, especialmente as latino-americanas. O Brasil se inclui no rol das sociedades conflitivas.

Sem embargo dessa conclusão, que parece evidente, o Brasil baseava seu direito processual do trabalho sobre o “princípio” da conciliação, fazendo da Justiça do Trabalho instrumento da “paz social”.

Parece evidente o caráter mistificador da conciliação, em contexto de política social caracterizada pelo autoritarismo e pelo corporativismo. Apregoa-se a finalidade tuitiva do direito material do trabalho, que se estenderia ao instrumento de sua efetivação prática, o direito processual do trabalho. Ocorre, porém, que, como salienta a melhor doutrina corporativista, se o Estado “edita normas que substancialmente são protecionistas do trabalhador, não as edita com a intenção de protegê-lo, mas unicamente porque deve proteger a tranquilidade pública, pois é agnóstico em face da luta de classes e nela intervém apenas nos casos em que a ordem pública é ameaçada”¹³⁵.

O caráter mistificador da conciliação se acentua quando ela é examinada no contexto global da política social praticada no Brasil. Conciliação, em estudos de ciência política, é concebida como “um acordo entre atores – grupos ou indivíduos – de um peso mais ou menos igual”, como ensina Michel Debrun. Mostra este autor que a conciliação no Brasil, contudo, “sempre pressupõe o desequilíbrio, a dissimetria dos parceiros, e não seu equilíbrio”. O citado autor explicita seu pensamento: “Tanto ao nível micropolítico do engenho, da fazenda, da empresa, da repartição pública, etc., como no nível macropolítico da constituição e manutenção do poder central, a ‘conciliação’ não se desenvolveu para evitar brigas incertas entre contentores de força comparável. Mas, ao contrario, para formalizar e regular a relação entre atores desiguais, uns já dominantes e os outros já dominados. E para permitir que os primeiros explorassem em seu proveito a transformação dos segundos em sócios caudatários”¹³⁶

A conciliação, no processo do trabalho, sempre se prestou a desempenhar o papel descrito pelos politólogos: o de regular a relação entre

¹³⁵ UCKMAR, Antonio. *Scritti vari di diritto corporativo e di diritto del lavoro*, Milão: CEDAM, 1936, p.131.

¹³⁶ DEBRUN, Michel. *A conciliação e outras estratégias*, São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 15.

os atores desiguais, dos quais uns dominantes e outros, já dominados, sob as vistas complacentes do juiz do trabalho.

Agora, por força da Emenda Constitucional nº 45, as coisas mudam de figura. A conciliação sempre poderá ser efetivada, é evidente, mas não como função precípua da magistratura trabalhista. A falta da tentativa de conciliação já não acarretará a nulidade do processo. O papel do juiz do trabalho se limitará ao esclarecimento das partes sobre as vantagens da conciliação, tal como prescreve, a respeito do procedimento sumaríssimo, o art. 852-E da Consolidação das Leis do Trabalho (introduzido pela Lei nº 9.957, de 12.1.2000).

Mercê da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, completa-se a obra iniciada pela Constituição de 18 de setembro de 1946, que integrou a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário: agora, ela passa a exercer funções propriamente judiciais.

5.4. Resumo

Parece suficientemente demonstrado que a matriz ideológica da CLT está no corporativismo italiano. Para tanto, basta lembrar que ela foi elaborada durante o Estado Novo, regime político instaurado no Brasil pela Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas.

Nessa época – desnecessário recordar – de autoritarismo e veleidades corporativas, a regulação estatal das relações de trabalho baseava-se em dois pressupostos: o primeiro era que as relações coletivas de trabalho constituíam manifestações da luta de classes, e o regime político então imperante no Brasil simplesmente procurava superar tal concepção, pela necessária colaboração dos grupos opostos. Deveriam ser evitadas quaisquer manifestações de antagonismo, mediante o estabelecimento da ideologia da paz social. Segundo, temia-se que as repercussões dessa luta pudessem afetar o conjunto da sociedade. Em consequência, pretendia-se conjurar no nascedouro qualquer possibilidade de rebelião social. Tornou-se então imperioso, dentro dessa

filosofia política, desenvolver a regulação minuciosa das condições de trabalho, por via legislativa, portanto por via heterônoma, a fim de tornar desnecessária a ação sindical, além de condicionar os interlocutores sociais a buscar no Estado a solução dos eventuais conflitos ocorrentes. Essa intervenção provoca a promulgação de abundante legislação (heterorregulação das condições de trabalho), o que vai redundar na fragilidade (praticamente inexistência) da contratação coletiva, acoplada a uma série de medidas, das quais a maior parte ainda continua em vigor: sindicato único imposto por lei, sujeito à intervenção do Estado; contribuição sindical criada por lei, como instrumento de submissão das entidades de classes do Estado; competência normativa dos Tribunais do Trabalho, com o intuito de evitar o entendimento direto entre os grupos interessados; proibição da greve (é lógico: se há uma Justiça do Trabalho dotada de competência normativa, não faz sentido algum permitir greve); cooptação das lideranças sindicais *stablishment*, mediante o aproveitamento de representantes patronais e de trabalhadores na composição dos órgãos da Justiça do Trabalho.

Todas as peças dessa vasta maquinaria político-administrativa guardavam coerência entre si, funcionavam harmonicamente com vistas a alcançar os fins colimados pela ditadura. O sindicato deveria ser necessariamente único, porque sindicato único é obediente. Os sindicatos só poderiam ser criados por categorias, porque a categoria, instituída pelo Estado, ensejava a fundação de sindicatos segundo os desígnios oficiais. O sindicato não poderia exercer função reivindicativa, porque esta característica era apregoada pelas chamadas “doutrinas exóticas”, isto é, o comunismo. O fascismo repelia a luta de classes e optava, como consequência, pela negação ou ocultação do conflito industrial, preconizando a necessária colaboração entre os fatores da produção – o capital e o trabalho – pra realizar os superiores interesses da produção nacional. O sindicato, portanto, deveria revestir as características de órgão de colaboração com o poder público e de entidade meramente assistencial. Corolário desta concepção seria a submissão do sindicato ao estrito controle do Estado. O sindicato estaria sujeito à intervenção do Ministério do Trabalho. A contribuição sindical criada por lei e arrecadada pelo próprio Estado funcionava como um sinal de submissão do

órgão de classe à vontade do poder público. As lideranças sindicais, cooptadas pelo Estado, seriam necessariamente inautênticas. Jamais poderiam ostentar o atributo da representatividade, antes deveriam submeter-se docilmente à vontade política dos detentores do poder. Esta cooptação iria refletir-se na composição dos órgãos da Justiça do Trabalho pela consagração dos chamados representantes classistas. Já que os sindicatos não poderiam exercer atividade reivindicatória, a Justiça do Trabalho deveria ser dotada de poder normativo, exatamente para preencher o vazio existente no funcionamento dos sindicatos, que representavam, na verdade, mera extensão de um setor especializado do Ministério do Trabalho. Para coroar esta construção, surge a proibição da greve. Em ambiente político-sindical desta natureza, não poderia ser reconhecido o direito de greve. Não é por acaso que no artigo 139 da Carta de 10 de novembro de 1937 constam duas alíneas. A primeira institui a Justiça do Trabalho. A segunda declara a greve recurso nocivo e antissocial, contrário ao capital e ao trabalho e incompatível com os superiores interesses da produção nacional. A greve é instituto indispensável à atividade reivindicatória e negocial do sindicato. Como o sindicato estava inibido de exercer tais atividades, a greve seria necessariamente proibida. Para preencher a lacuna que surgia pela proibição da greve, seria de rigor contribuir poder normativo à Justiça do Trabalho, pois o Ministério do Trabalho, setor do Poder Executivo, deveria solucionar a controvérsia coletiva de interesses mediante a criação de normas, preceitos gerais e abstratos válidos no âmbito de representação das entidades sindicais litigantes.

6. As “fontes materiais” da CLT

Fonte do direito é expressão metafórica que indica onde o direito nasce. Sob determinado aspecto, as fontes do direito classificam-se em formais e materiais. As primeiras são os modos de formação das normas jurídicas, isto é, os processos e os atos pelos quais as normas adquirem existência histórica. As outras são as ideias e os valores que inspiram o conteúdo das normas. São chamadas materiais porque fornecem às normas

sua matéria¹³⁷. Como ensina Arnaldo Süssekind, as fontes formais são motivadas ou inspiradas pelas fontes materiais¹³⁸, sendo admissível, em consequência, pesquisar, em relação à CLT (fonte formal do direito do trabalho), as fontes materiais que a inspiraram (fatos histórico-sociais, declarações formais e recomendações de organismos internacionais, tratados internacionais não ratificados, além da obra doutrinária de juristas).

Ao ver de Arnaldo Süssenkind, as fontes materiais da CLT são quatro: a) os pareceres dos consultores jurídicos do Ministério do Trabalho; b) as convenções da Organização Internacional do Trabalho; c) a encíclica *Rerum Novarum*; d) o 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado em São Paulo, em 1941¹³⁹. Esta opinião é recolhida e divulgada por Madga Barros Biavaschi¹⁴⁰ e bem assim pelo editorial da Revista LT, ao ensejo da comemoração dos 70 anos da CLT¹⁴¹.

Desde logo, cumpre acentuar um dado fundamental para a compreensão do assunto: a CLT, como o próprio nome indica, é uma consolidação, não um código. Consolidação, na precisa definição do Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, é o “agrupamento, num só corpo, das várias leis em vigor sobre determinado campo do direito ou matéria jurídica, sem a metodologia de um código, todavia mantendo certa unidade sistêmica”¹⁴². Ao contrário de um código, uma consolidação não brota *ex nihilo*: ela consiste simplesmente em uma compilação organizada e sistemática de leis pré-existentes e em pleno vigor.

É precisamente isto o que ocorre com a CLT: ela não *criou* totalmente a legislação trabalhista brasileira. Ela já encontrou em vigor quase todo o

¹³⁷ VIRALLY, Michel. *La pensée juridique*, Paris: LGDJ, 1960, p. 148.

¹³⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 117.

¹³⁹ GOMES, Angela de Castro et AL. (org.). *Arnaldo Süssekind – um construtor do Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77.

¹⁴⁰ BIAVASCHI, Magda Barros. *O Direito do Trabalho no Brasil*, cit., p. 118.

¹⁴¹ Revista LTr, São Paulo: ano 77, abril de 2013, p. 389-394.

¹⁴² ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 133.

corpo de leis nela consolidadas. Apenas o título I – Introdução (arts. 1º a 12) e parte do Título IV – Do contrato individual do trabalho (arts. 442 a 476) constituem matéria nova, da lavra dos membros da Comissão elaboradora da CLT. Explica-se: embora houvesse no Brasil um número imenso de leis sobre matéria trabalhista, não havia uma lei do contrato de trabalho, o que revela, àquela altura dos acontecimentos, considerável atraso do universo jurídico brasileiro. A primeira lei sobre contrato de trabalho é a lei belga de 1900, logo seguida pela lei francesa de 1901. O Código Civil brasileiro, de 1916, não trata do tema: ocupa-se apenas da locação de serviços, que não é contrato de trabalho.

A única lei brasileira vigente àquela época sobre contrato individual de trabalho era a Lei nº 62, de 1935, que só dispunha sobre rescisão de contrato de trabalho, indenização por dispensa sem justa causa e estabilidade no emprego.

A comissão elaboradora da CLT viu-se, portanto, obrigada a redigir *ex novo* o título introdutório e os dispositivos iniciais do título que regula o contrato individual de trabalho. Não haveria problema algum quanto à constitucionalidade desses preceitos, porque toda a CLT seria aprovada por decreto-lei a ser baixado pelo Presidente da República, como realmente ocorreu, em 1943. A Comissão teve a seu cargo, então, a tarefa de preencher aquelas lacunas: incluiu na CLT um título introdutório e regulou o contrato de trabalho, naquilo em que não havia lei aplicável à matéria.

Portanto, somente quanto a esses dois tópicos cabe falar, com precisão, sobre fontes materiais inspiradoras da tarefa executada pela Comissão. Quanto a todo o restante dos dispositivos contidos na CLT, o exame das fontes materiais diz respeito às leis nela compendiadas, que a Comissão já encontrou em vigor e que lhe coube compilar e harmonizar.

Vale passar em revista as quatro fontes materiais da CLT, acima indicadas, valendo recordar que elas dizem respeito apenas ao título I e a parte do título IV.

6.1.Os pareceres dos consultores jurídicos do Ministério do Trabalho

São dois os consultores jurídicos, nesse período: Oliveira Vianna, de 1932 a 1940 e Oscar Saraiva, de 1940 a 1942. A imensa maioria dos pareceres é, portanto, da lavra de Oliveira Vianna. Comparativamente, é muito menor, em número e em influência, a quantidade de pareceres de autoria de Oscar Saraiva.

A propósito de Oliveira Vianna, escreve Evaristo de Moraes Filho: “Pelo renome de que gozava, pela respeitabilidade de sua obra (...), tornou-se Oliveira Vianna o centro propulsor, a autoridade máxima, quase mágica, da nova pasta, na elaboração da legislação social-trabalhista. Verdadeiro magister dixit, seus pareceres e suas opiniões constituíam autênticos dogmas, respeitosamente acatados e seguidos, não só pela comunidade ministerial como igualmente pela quase totalidade dos doutrinadores ou dos interessados em matéria trabalhista”. E adiante: “O Ministro nada decidia sem ouvir Oliveira Vianna, por ele passavam ou podiam passar todos os anteprojetos legislativos de competência do Ministério”. Os pareceres de Oliveira Vianna, segundo o mesmo autor, “firmaram doutrina e vieram a se consignados como dispositivos legais, na Consolidação das Leis do Trabalho”¹⁴³.

Na elaboração de seus pareceres, Oliveira Vianna não se sentia molestado pela falta de regulação da matéria em exame por dispositivos legais expressos. Como ficou dito, até 1943 não havia no Brasil lei que regulasse o contrato de trabalho em sua formação e em sua execução (a Lei nº 62, de 1935, regulava apenas a rescisão do contrato de trabalho), mas a inexistência de lei não o impressionava, pois como esclarece Evaristo de Moraes Filho, “nem por isso deixava o Consultor de oferecer solução jurídica a qualquer questão que lhe fosse submetida. Servia-se do direito comparado, dos usos e costumes, dos princípios gerais do direito. Não era por falta de norma expressa

¹⁴³ MORAES FILHO, Evaristo de. Oliveira Vianna e o Direito do Trabalho no Brasil. In: _____. Quinze ensaios, São Paulo: LTr, 2004, p. 318, 319, 338.

de direito positivo que o seu parecer poderia deixar de ser conclusivo (...). Invocava cláusulas de convenção internacional do trabalho, jurisprudência comparada, dispositivos de direito estrangeiro como seus fundamentos de decidir¹⁴⁴.

Correta, portanto, é a afirmação de que os pareceres dos consultores jurídicos do Ministério do Trabalho constituem fonte material do direito do trabalho.

6.2.As convenções da Organização Internacional do Trabalho

Quando muito, as convenções internacionais do trabalho poderiam ser consideradas fontes de segunda mão da CLT. Não exerceram influência direta sobre os dispositivos novos introduzidos pela comissão, mas apenas sobre os pareceres dos consultores jurídicos, que a eles recorriam, à míngua de norma expressa de direito positivo, para dar solução ao caso submetido ao seu exame. A influência dos textos internacionais, portanto, é indireta. Direta, isto sim, é a influência dos pareceres.

6.3 A encíclica Rerum Novarum

Não há evidência do influxo desse texto papal sobre a redação de qualquer dos dispositivos novos introduzidos pela Comissão no corpo da CLT.

Pelo contrário: é afastada deliberadamente essa influência no que diz respeito ao salário. A Encíclica recomenda seja estipulado para o empregado um "salário suficiente para ocorrer com desafogo às suas necessidades e às de sua família (nº 30), o que é interpretado pela Encíclica "Quadragesimo Anno", do Papa Pio XI (1931) como "salário justo" (regulado "segundo as leis da justiça") – nº 64. Contrariamente a esta orientação, a CLT contenta-se com a

¹⁴⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. Id., p. 332.

regulação de um “salário mínimo” (arts. 76 e segs.), garantido apenas ao trabalhador, omitindo-se quanto à sua família (CLT, art. 81). Somente com a promulgação da Lei nº 8.542, de 23.12.1992, adotou o Brasil o salário mínimo familiar (“capaz de satisfazer às necessidades vitais básicas e às de sua família”): art. 6º.

6.40 primeiro Congresso de Direito Social promovido pelo Instituto de Direito Social em São Paulo, em 1941

Para se formar uma ideia do ambiente intelectual que presidiu à realização do conclave, basta atentar para o fato de que duas teses apresentadas foram “rejeitadas *in limine*, sem discussão”, a saber a de Paulino Jacques, do Rio de Janeiro (“Direito do Trabalho ou Direito Social?”), e a de Orlando Gomes, da Bahia (“Influência da legislação do trabalho na evolução do direito”). O motivo declarado foi o fato de que a primeira negava “o nome e a realidade” e, a segunda “vê no Direito Social uma realidade tal que não é um novo ramo”. A Subcomissão partiu “de um terreno previamente delimitado, admitindo como adquirido e fora do debate: a) existência de um aspecto do direito especificamente distinto dos outros aspectos clássicos do direito; b) a conveniência de denominar este aspecto, direito social”¹⁴⁵.

Vejam-se voltas que o mundo dá: o fato narrado acima passou-se em 1941. Hoje, ninguém mais fala de “direito social”, pois a denominação da disciplina, pacificamente aceita, é Direito do Trabalho.

Entretanto, o ponto em que a ideologia do Congresso pode ser considerada, sem sombra de dúvida, fonte material da CLT, está no fato de que a 7ª Subcomissão era dedicada à “Organização Corporativa do Estado”. A essa subcomissão foram apresentadas dez teses, cujas conclusões forneceram os “princípios”, em número de 24, que foram aprovados em plenário.

¹⁴⁵ SABOYA DE MEDEIROS, Roberto, S. J. Relatório da 1ª Subcomissão. In: Anais do Primeiro Congresso de Direito Social promovido pelo Instituto de Direito Social em São Paulo em 1941, vol. II, Rio de Janeiro: Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho, 1943, p. 10.

Portanto, a tônica do Congresso foi o predomínio da ideologia corporativista.

Ora, Oliveira Vianna era corporativista confesso. Como diz Evaristo de Moraes Filho, “corporativista confesso, pretendia e esperava Oliveira Vianna eliminar a luta de classes, coordenando-as dentro e sob a égide do Estado”¹⁴⁶.

De todo o exposto, uma certeza se impõe: as fontes materiais da CLT, entre as quatro acima relacionadas, podem ser sintetizadas numa só: a ideologia corporativista.

As fontes materiais da CLT estão claramente indicadas nos textos que precedem e justificam o teor da obra legislativa realizada pela Comissão, a saber, o Relatório da Comissão apresentado ao Ministro Marcondes Filho e as duas exposições de motivos (uma, da Comissão, apresentada ao Ministro e outra, do Ministro ao Presidente da República). Da leitura desses importantes documentos (infelizmente pouco divulgados e quase inteiramente desconhecidos) deduz-se claramente que duas são as fontes materiais da CLT: a) a “clarividência” de Getúlio Vargas; b) o conteúdo ideológico da Carta do Estado Novo, outorgada em 10 de novembro de 1937.

Eis o teor do item 12 da Exposição de Motivos do Ministro do Trabalho ao Presidente da República, aludindo ao trabalho elaborado pela Comissão: “É o diploma do idealismo excepcional do Brasil orientado pela clarividência genial de V. Ex^a, reajustando o imenso e fundamental processo de sua dinâmica econômica, nas suas relações com o trabalho, aos padrões mais altos de dignidade e de humanidade da justiça social. É incontestavelmente a síntese das instituições políticas estabelecidas por V. Ex^a desde o início de seu governo”¹⁴⁷. Ou seja: era o pensamento político de Getúlio Vargas que inspirava a obra legislativa (primeira fonte material).

As disposições legislativas consolidadas não poderiam deixar de submeter-se às diretrizes políticas traçadas pela Carta de 1937. O Relatório da

¹⁴⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. Oliveira Vianna e o Direito do Trabalho no Brasil, cit., p. 330.

¹⁴⁷ Exposição de Motivos do Ministro do Trabalho ao Presidente da República, item 12.

Comissão, apresentado ao Ministro do Trabalho, salienta: “Houve, igualmente, que ponderar a definição de rumos políticos, trazida pela Constituição de 10 de novembro e a ela subordinar, como a um postulado, as leis que a procederam”¹⁴⁸. No outro documento citado, lê-se: “O que ocorreu realmente, salvo uma ou outra exceção de pormenor, foi a reabertura do debate (...) em face da atitude preliminar ao regime jurídico-político vigente, que a Constituição de 10 de novembro e a ela subordinando, como a um postulado dedutivo, as leis que a precederam”¹⁴⁹ (segunda fonte material).

7. Conclusão

É notória a orientação política da Carta de 10 de novembro: autoritarismo e corporativismo, chegando a transcrever, em literal tradução, no capítulo da Ordem Econômica, dispositivos inteiros da Carta del Lavoro italiana, de 1927. Por tal motivo, a CLT não pode deixar de refletir o influxo da opção político-ideológica da Carta de 1937.

Com a queda do regime político instaurado pelo Estado Novo (1945), era de se esperar que o entulho autoritário-corporativista impregnado na legislação social então promulgada fosse totalmente descartado. Como se lê na segunda epígrafe deste trabalho, a Alemanha e a Itália, após o término da Segunda Guerra Mundial, revogaram toda a legislação do período nazi-fascista. Portugal teve que esperar a morte de Salazar e a deposição de Marcelo Caetano; a Espanha precisou aguardar a morte de Franco para fazer o mesmo. No Brasil, entretanto, com a promulgação da Constituição de 18 de setembro de 1946, que implantou no Brasil um regime de social-democracia, entendeu-se que a regulação das relações de trabalho não era incompatível com o regramento imposto pela nova Carta Magna, razão pela qual permaneceu vigente toda a legislação do tempo do Estado Novo.

¹⁴⁸ Relatório da Comissão Elaboradora do Anteprojeto da Consolidação.

¹⁴⁹ Exposição de Motivos da Comissão Elaboradora do projeto da consolidação.

É claro que, ao longo de setenta anos de vigência da CLT, alguma coisa mudou. No plano do direito individual do trabalho, as alterações foram pontuais e isoladas, mas a mentalidade geral perdurou inalterada, persistindo intocado o clima de heterorregulação das relações de trabalho. Quanto ao direito coletivo, registrou-se algum progresso, no rumo da democratização da regulação das relações coletivas de trabalho. A Constituição de 1988 assegurou a autonomia sindical (art. 8º, I), deu ênfase à negociação coletiva (art. 114, § 1º) e emprestou uma regulação atualizada e democrática ao exercício do direito de greve (art. 9º). No campo da organização e funcionamento da Justiça do Trabalho, as alterações foram mais profundas: eliminou-se a representação classista na composição de seus órgãos (Emenda Constitucional nº 24, de 1999); reduziu-se a extensão do poder normativo dos tribunais do trabalho e eliminou-se a ênfase na conciliação (Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Mas tudo o mais perdurou em vigor.

Em suma, imperou lógica leopardesca: é preciso mudar alguma coisa para que tudo permaneça como está¹⁵⁰.

¹⁵⁰ TOMASI DI LAMPEDUSA, Giuseppe. *Il Gattopardo (O Leopardo)*, 71ª ed., Milão: Giangiacomo Feltrinelli, 1998, p. 41 e 44.

Doutrina

Tag along: uma análise à luz da Escola do Realismo Científico

Jorge Lobo*

"Não é desde o início que os Deuses revelam tudo aos mortais. Mas, com o correr do tempo, descobrimos, procurando, o melhor". (Xenófanos)

I – O mito

1. O *tag along* visa à proteção aos minoritários na alienação de controle de companhia aberta¹⁵¹.

2. Este é o mito; a realidade, todavia, é outra, como veremos ao final; antes, porém, cumpre (a) dissertar sobre o ágio, o *tag along* e a OPA, (b) recordar a profunda e interminável divergência a respeito do direito ao ágio e a propósito do *tag along* na doutrina, na jurisprudência e nas legislações pátria e alienígena, e (c) esclarecer que sigo, neste estudo, a Escola do Racionalismo Científico e perfilho a lição do maior filósofo da ciência do século XX, Sir. Karl Popper, que ensinou: "Só há um elemento de racionalidade nas tentativas de conhecer o mundo: o exame crítico das teorias. Elas, em si, são conjecturas. Não sabemos, apenas conjecturamos. Se me perguntassem: 'Como você sabe? Não sei, só conjecturo. Se vocês estiverem interessados em

¹⁵¹ Tratarei, apenas, do *tag along* na cessão e transferência de controle majoritário nas companhias abertas. Sobre a alienação de controle minoritário, leia-se o estudo "Transferência de controle nas companhias sem controlador majoritário", de Eduardo Secche Munhoz, in "Poder de Controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais", coordenado por Rodrigo R.M. de Castro e Luiz A.N.M. Azevedo, 1ª. ed., São Paulo: Quartier Latin, p. 317 e segs.

meu problema, ficarei muito contente se criticarem minha conjectura; se me oferecerem contrapropostas, tentarei criticá-las”¹⁵².

II – Noções fundamentais

A – Ágio

3. A LSA trata do ágio no art. 13, § 2º, quando disciplina a emissão de ações nominativas de companhias abertas e fechadas com ágio, fixando, taxativamente, a sua destinação: o montante total do ágio nas emissões de ações constituirá reserva de capital (art. 182), e, também, no artigo 254-A, quando regula a OPA obrigatória, eis que pressupõe haver embutido no preço das ações de controle um ágio ou prêmio. Neste trabalho, vou dissertar apenas sobre o ágio na OPA obrigatória.

4. Nas companhias abertas com ações negociadas no mercado de valores mobiliários, o preço das ações ordinárias de propriedade dos minoritários e das ações preferenciais é fixado nos pregões diários da BMF&BOVESPA, por isso se diz que ele corresponde ao valor bursátil ou de mercado da ação.¹⁵³

5. O preço das ações ordinárias integrantes do bloco de controle, entretanto, é estabelecido com base no valor econômico da ação, calculado, em geral, em função das perspectivas de rentabilidade da companhia¹⁵⁴.

¹⁵² Textos Escolhidos Popper”, Ed. PUC Rio, 2010, 1ª ed., p. 30.

¹⁵³ “Indicador usado para medir o valor de mercado de todos os ativos cotados em uma determinada bolsa de valores. É calculado somando-se o valor de mercado de cada ação, obtido como o resultado da multiplicação do número de ações pela cotação de fechamento no período desejado. No caso da BOVESPA, a bolsa paulista divulga informações com periodicidade diária, semanal e mensal, tanto em reais como em dólares norte-americanos”. (www.igf.com.br/aprende/glossario/glo-Resp.aspx?id=549 – Glossário Financeiro do IGF {intellect gerenciamento financeiro}).

¹⁵⁴ A propósito das noções de valor patrimonial, valor de mercado e valor econômico da companhia, leia-se o excelente estudo “Reflexões sobre o direito de recesso na LSA”, de autoria do Prof. Francisco Antunes Maciel Müssnich, in “Reforma da LSA”, por mim coordenado, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 287 e segs.

6. Note-se, porém, que, quando se trata de alienação do controle acionário de companhia aberta, ao preço das ações dos controladores, adiciona-se, em regra¹⁵⁵, um ágio ou sobrevalor ou sobrepreço ou prêmio (de controle), que o adquirente se dispõe a pagar para passar a deter a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores e de gerir os negócios sociais, o que levou o emérito Fábio Konder Comparato a lecionar: “... o que se transfere numa cessão de controle não é um bloco de ações e, sim, o poder de dominação e disposição de uma empresa.”¹⁵⁶

B – Tag along

7. No Brasil, os minoritários de companhias abertas¹⁵⁷ têm o direito de saída conjunta ou simultânea (*tag-along rights* ou *co-sale rights*)¹⁵⁸ e o direito de receber 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto integrante do bloco de controle por força da norma jurídica do art. 254-A da LSA.

C – OPA

8. Há duas espécies de oferta pública de aquisição de ações (OPA): a OPA obrigatória, imposta pelos arts. 254-A da LSA e 2º, III, da

¹⁵⁵ Há séria discussão se a venda de controle sem ágio gera o direito de saída conjunta conforme bem exposto por Marcos Andrey de Sousa, “O direito de saída conjunta e os preferencialistas”, in *Sociedade Anônima*., coordenado por Rodrigo R. M. de Castro e Leandro S. de Aragão, Quartier Latin, 1ª ed., p. 285/286.

¹⁵⁶ “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, São Paulo, Saraiva, 1983, 3ª. ed., p. 226.

¹⁵⁷ Não se justifica a distinção feita pelo art. 254-A da LSA entre companhias abertas e fechadas — além da odiosa distinção entre minoritários e preferencialistas —, eis que as fechadas são as que mais necessitam do *tag along* devido à absoluta falta de liquidez de suas ações, conforme ressaltado na crítica contundente de Mauro Rodrigues Penteado, in “Apontamentos sobre a alienação de controle de companhias abertas”, RDM, 1989, out.-dez., nº 76, p. 17 e segs.

¹⁵⁸ “*Tag-along or co-sale rights — the right of an investor to require other shareholders (usually founders or majority shareholders) who desire to sell their shares to a third party to require, as a condition to such sale, the third party to also purchase the investors shares for the same price per share.*” (Kenneth J. Lebrun, Penn Law “University of Pennsylvania Law School” — [http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume_23/issuez/lebrun23u.pa.int%27lecon.l.213\(2002\)-PDF#SEARCH=%22tag%22](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume_23/issuez/lebrun23u.pa.int%27lecon.l.213(2002)-PDF#SEARCH=%22tag%22)).

Instrução CVM nº 361, de 2002, que garante aos minoritários o *tag along*¹⁵⁹, e a OPA voluntária, prevista nos arts. 257 da LSA e 2º, V, da Instrução CVM nº 361, de 2002, que visa à tomada hostil ou contra a vontade dos controladores do comando de companhia aberta.

III – Direito ao ágio

9. No país e no exterior, três correntes de opinião se formaram acerca do beneficiário ou credor do ágio: uma, proclama que o ágio pertence exclusivamente aos controladores; outra, que o ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários; a terceira, que o ágio deve ser rateado entre todos os acionistas da companhia aberta.

A) Direito ao ágio na doutrina.

(a) O ágio pertence exclusivamente aos controladores

10. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira declararam, a propósito do valor econômico do bloco de controle de companhia aberta:

(1º) “... *toda economia de mercado atribui valor econômico ao controle da companhia, independentemente do valor unitário das ações, que o asseguram*”;

(2º) “... *o valor das ações resulta do direito, que confere, de participação nos lucros e no acervo líquido da companhia, enquanto que o controle decorre do poder de determinar e definir suas políticas...*”;

¹⁵⁹ Cfr. Roberta Nioac Prado, in “Oferta Pública de Ações Obrigatória nas S.A.”, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 96 e segs.; o meu livro “Direitos dos Acionistas”, São Paulo, Campus, 2011, págs. 26 e segs., e Carlos Augusto da Silveira Lobo, “Alienação de Controle de Companhia Aberta”, in “Direito das Companhias”, coordenadores Alfredo Lamy Filho e J.L.Bulhões Pedreira, Forense, 2009, p. 1998 e segs.

(3º) “o Anteprojeto reconhece a realidade do poder do acionista controlador para atribuir-lhe responsabilidades próprias, de que não participam os acionistas minoritários”, e,

(4º) “... seria, pois, incoerente se pretendesse, para efeitos de transferência desse poder, negar a sua existência e proibir o mercado de lhe atribuir valor econômico.” ¹⁶⁰

11. Fábio Konder Comparato¹⁶¹, embora admitindo que, na venda das ações de controle, a tendência dos países desenvolvidos é garantir tratamento equitativo aos acionistas de igual categoria:

(1º) declarou-se contrário à partilha do ágio entre todos os acionistas,

(2º) pôs em dúvida as causas que legitimariam aos não controladores “pretender essa igualdade de status com os titulares do controle, se àqueles não se atribuem, em estrita lógica, os mesmos deveres e responsabilidades inerentes ao exercício do poder de comando na empresa”¹⁶², e,

(3º) propôs que a lei garantisse aos não-controladores o direito de recesso pelo valor contábil de suas ações e a criação de normas para reprimir o *insider trading* praticado por diretores ou controladores da companhia e pessoas a eles ligadas¹⁶³.

12. Luiz Leonardo Cantidiano asseverou que, em princípio, os minoritários e preferencialistas não têm direito ao ágio, por isso não há falar

¹⁶⁰ “Fundamentos da Reforma das S/A”, AEDE- SBERJ, Rio de Janeiro, 1976, 1ª ed., p. 22-23, *apud* Mauro Rodrigues Penteado, “Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas”, RDM, ano XXVIII, 1989, vol. 76, p. 17.

¹⁶¹ “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p.253-258.

¹⁶² Ob. cit., p. 258.

¹⁶³ Idem, p. 261.

em OPA, ressalvando, entretanto, que será indispensável a OPA se a transferência do controle objetivar a extinção da companhia através de cisão total, fusão ou incorporação.”¹⁶⁴

13. Roberta Nioac Prado, em sua primorosa monografia “Oferta Pública de Ações Obrigatória nas SA”, afirmou: “... *significando a alienação uma simples mudança de controlador, não entendo que deva haver oferta pública a nenhum acionista, seja ele ordinário ou preferencial. (...)*”¹⁶⁵

14. Nos EUA, prevalece a opinião de que somente os controladores fazem jus ao prêmio de controle¹⁶⁶, salvo se caracterizada fraude ou atos de má fé, eis que, consoante Lewis D. Solomon e Alan R. Palmiter, “a regra geral é a de que os acionistas podem vender suas ações pelo preço que conseguirem, incluído neste o prêmio não disponível aos outros acionistas. Os acionistas controladores não precisam dividir esse prêmio”¹⁶⁷.

14.1. Para Easterbrook e Fischel,¹⁶⁸ os minoritários não se oporão à alienação de controle, se ela puder levar a uma administração mais eficiente, capaz de tornar a companhia mais rentável e suas ações mais valorizadas.

14.2. Steven L. Emanuel, em profunda análise do tema, destaca que a situação de poder ostentada pelo controlador na companhia - e só por ele - tem valor econômico e que os controladores hesitariam na alienação caso não recebessem nenhum prêmio, já que conta com vantagens não desfrutadas pelos minoritários, advertindo que há exceções ao direito dos

¹⁶⁴ “Alienação e aquisição de controle”, RDM, ano XXIV, 1985, nº 59, p. 62.

¹⁶⁵ P. 105

¹⁶⁶ Robert W. Hamilton, “The Law of Corporations”, St. Paul, Minnesota, 1987, p. 359, *apud* Osmar Brina Corrêa Lima, “O acionista minoritário no direito brasileiro”, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 79.

¹⁶⁷ “Corporations. Examples and Explanations”, Aspen Law & Business, Second Edition, 1994, p. 411-420.

¹⁶⁸ “Corporate Control Transactions”, 91 Yale L. J. 737, 1982, *apud* Lewis D. Solomon e Alan R. Palmiter, *ob cit.*, p. 411-420.

controladores de vender suas ações livremente¹⁶⁹, como, v.g., (a) exceção de pilhagem (*the "looting" exception*); (b) exceção de venda de voto (*the "sale of vote" exception*) e (c) desvio de uma oportunidade coletiva (*"diversion of collective opportunity"*).¹⁷⁰

(b) O ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários

15. Arnoldo Wald propugnou: *"... a oferta pública prevista no art. 254, embora represente um ônus para o adquirente do controle, pode ser saudável por representar o veículo através do qual o valor do controle é distribuído entre todos os acionistas com direito a voto."*¹⁷¹

16. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro ponderaram: *"... as transferências de controle, envolvendo vultosos ágios pagos apenas aos controladores, podem ainda mais desestimular o investimento acionário. Daí entendermos que a solução adotada na lei vale como medida pragmática, tendo em vista as condições do momento histórico e as características peculiares da conjuntura, justificando-se em face da experiência verificada em anos recentes em nosso país"*.¹⁷²

17. Modesto Carvalhosa advertiu: *"... o acionista minoritário, embora normalmente não tome a iniciativa de promover a capitalização da sociedade, empresta seu esforço para tal mister; ademais, esse tipo de acionista experimenta os efeitos da política de autocalcapitalização da companhia, usualmente realizada pelo controlador. É, portanto, co-partícipe da valorização*

¹⁶⁹ *Corporations*, NY, Emanuel Publishing Corp., 1997, 3rd Edition, p. 240-249.

¹⁷⁰ Ob. cit., p. 245.

¹⁷¹ "A proteção dos acionistas minoritários na alienação do controle de companhias abertas", Revista da CVM, 4/2, n. 13, 1986, *apud* Mauro Rodrigues Penteado, ob. cit., p. 19.

¹⁷² "Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro", São Paulo, Ed. Bushatsky, 1979, 1^a ed., v.2, p. 743.

patrimonial da empresa, merecendo portanto tratamento igualitário, quando da alienação de seu controle."¹⁷³

18. Segundo Guilherme Döring Cunha Pereira, o *City Code on Takeovers and Mergers* inglês deu um tratamento pioneiro às ofertas públicas para aquisição de controle de uma companhia, fixando como idéia fundamental garantir as mesmas condições oferecidas ao alienante aos acionistas de classes idênticas¹⁷⁴.

(c) O ágio deve ser rateado entre todos os acionistas

19. Waldirio Bulgarelli ensinou: "... o não controlador, que não recebeu dividendos durante muito tempo, pela política imposta pelo controlador de fortalecer a empresa, tem direito a reclamar quando o controlador, aproveitando-se dos resultados dessa mesma política, vende com ágio astronômico as suas ações de controle"¹⁷⁵, observando, ainda, que, " ao vender o controle (...) com grandes lucros, está-se vendendo, subjacentemente, os intangíveis e mais propriamente o aviamento da empresa"¹⁷⁶, para concluir que "o certo será a distribuição, ao menos do ágio, entre todos que contribuíram para o fortalecimento da empresa."¹⁷⁷

20. Néelson Cândido Motta advogou: "... admitir que as ações preferenciais, porque não votam, tenham menos direitos — salvos os direitos políticos — do que as ações ordinárias equivalem a reconhecer que o direito de voto possa ser causa de desigualdade entre acionistas, quer em relação ao

¹⁷³ *Apud* Mauro Rodrigues Penteado, loc. cit., fazendo referência a "Oferta Pública de Aquisição de Ações", tese, São Paulo, 1978, p. 142-143.

¹⁷⁴ John H. Farrar, *Company Law*, Londres, Butterworths, 1985, p. 521, *apud* Guilherme Döring Cunha Pereira, "Alienação do poder de controle acionário", São Paulo, Saraiva, 1995, p. 135.

¹⁷⁵ "Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A", Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p.158.

¹⁷⁶ *Idem*, p.159.

¹⁷⁷ *Idem*, p.160.

patrimônio da sociedade, quer em relação ao tratamento que a lei manda dispensar a todos, indistintamente, nos casos de alienação de controle de companhia aberta."¹⁷⁸

21. Leslie Amendolara declarou que, se os acionistas minoritários têm o direito de participar do "prêmio de controle" porque *"havia contribuído com a formação do capital e investido seus recursos nos negócios"*¹⁷⁹, esse direito deve ser estendido aos preferencialistas, já que eles também participaram da integralização do capital social.

22. Norma Parente repudiou, com veemência, a redação e o espírito do art. 254-A da LSA: *"... é lamentável que esse direito não tenha sido estendido ao acionista preferencial. Em termos patrimoniais, a sua contribuição tem o mesmo valor que a dos demais acionistas. É injusto que o direito de vender em conjunto com o controlador não tenha sido outorgado. Penso que esse direito deveria ter sido partilhado entre minoritários ordinários e preferencialistas."*¹⁸⁰

23. Berle e Means sustentaram que o controle é um bem social, por isso o valor pago como ágio pelo bloco de controle era propriedade de todos os acionistas da empresa e, por isso, deveria ser partilhado entre todos os acionistas da companhia.¹⁸¹

¹⁷⁸"Alienação de controle de instituições financeiras. Acionistas minoritários. Notas para uma interpretação sistemática da Lei das S.A.", RDM, ano XXI, 1982, vol.46, p.41.

¹⁷⁹ "Os direitos dos acionistas minoritários: com alterações da lei 9457/97", São Paulo, Editora STS, 1998, p.105.

¹⁸⁰ "Principais Inovações Introduzidas pela lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, à Lei de Sociedades por Ações", in "Reforma da Lei das Sociedades Anônimas", cit., p. 39.

¹⁸¹ *Apud* Roberta Nioac Prado, Da obrigatoriedade por parte do adquirente do controle de sociedade por ações de capital aberto de fazer simultânea oferta pública, em iguais condições, aos acionistas minoritários — art. 254 da lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 — É efetivo mecanismo de proteção aos minoritários? (RDM, Anexo XXXVI, (Nova Série), abril/junho/1997, p.98.

24. William D. Andrews frisou que todos os acionistas com ações de espécie e classe iguais devem ter oportunidade de aliená-las igualmente e de partilhar o *premium* proporcionalmente à sua participação no capital, por ser o poder de controle um bem da companhia.¹⁸²

25. André Tunc lecionou que os controladores não merecem ter mais vantagens do que aqueles que possuem ações da mesma espécie e classe,¹⁸³ esclarecendo que o princípio de que um acionista é livre para vender suas ações pelo preço que lhe for oferecido esbarra, no caso da cessão de controle, em um dever fiduciário, portanto, a venda de ações de um acionista que dirige a sociedade comporta a alienação de uma função ou, pelo menos, do poder de designar quem a exercerá, aduzindo que se a venda for por preço maior que o da bolsa, por compreender a função de comando, haverá, então, um proveito ilícito, que deve ser restituído à sociedade.¹⁸⁴

B – Direito ao ágio na jurisprudência

(a) Direito ao ágio na jurisprudência brasileira

26. No período de vigência do tratamento igualitário previsto no revogado art. 254 da LSA, a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, ao julgar a Apelação Cível nº 140.587-RJ, decidiu condenar a CVM a pagar aos minoritários valor equivalente à diferença entre o valor por eles obtido na venda de suas ações e aquele conseguido pelos controladores¹⁸⁵.

¹⁸² “*The stockholder’s right to equal opportunity in the sale of shares*”, Harvard Law Review, 78/ 505-563, 1965, *apud* Roberta Nioac Prado, art. cit., p. 98.

¹⁸³ André Tunc, “*Le droit américain des sociétés anonymes*”, Économica: Paris, 1985, p. 158-159.

¹⁸⁴ Ob. cit., p. 156-158.

¹⁸⁵ Apelação Cível n.º 140.587 – Rio de Janeiro (Registro n.º 8.803.699) Relator: Min. Dias Trindade, *in* Nelson Eizirik. “Sociedades Anônimas: jurisprudência”, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 743-746.

27. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 2.276 – RJ, que tratava de participação ou não dos preferencialistas no prêmio de controle, concluiu que a oferta pública só alcançava as ações com direito de voto, já que as preferenciais têm garantidas outras vantagens, dispostas na Lei nº 6.404¹⁸⁶.

28. Ainda o Superior Tribunal de Justiça, numa decisão relativa à incorporação do Banco Financial de Mato Grosso, envolvendo oferta pública prévia para aquisição de controle, estendeu-a aos acionistas sem voto, por considerar a natureza da sociedade (que necessitava de autorização) e que a aquisição do controle era uma providência preliminar à incorporação¹⁸⁷.

(b) Direito ao ágio na jurisprudência norte-americana

29. William A. Klein e J. Mark Ramseyer, em seu ótimo livro “Business Associations. Agency, Partnerships, and Corporations”¹⁸⁸, citam diversos casos de alienação de controle, envolvendo pagamento de ágio, julgados pelas Cortes americanas, como *Perlman v. Feldmann* e *Frandsen v. Jensen-Sundquist Agency, Inc*¹⁸⁹.

(c) Direito ao ágio na jurisprudência francesa

¹⁸⁶ Recurso Especial nº 2.276 – Rio de Janeiro (Registro nº 90.0001659-2) Relator Min. Garcia Vieira, *in* Nelson Eizirik, ob. cit., p. 367-372.

¹⁸⁷ José Edwaldo Tavares Borba, “Direito Societário”, 6ª ed. rev. aum. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 475-476 (nota de rodapé 1), citando matéria da Gazeta Mercantil de 21.10.93, p.35.

¹⁸⁸ Westbury (New York), The Foundation Press, Inc., 1997, Third Edition, p. 644 e segs.

¹⁸⁹ No primeiro caso, a Corte decidiu que Feldmann, como acionista controlador, não poderia apropriar-se sozinho do valor do ágio, pois a venda de ações resultou no sacrifício de elementos intangíveis da companhia. No segundo, o Tribunal não vislumbrou uma efetiva venda de ações na operação e sim a aquisição do First Bank of Grantsburg (controlador da companhia).

30. Em caso de alienação de controle por operação complexa, em duas etapas (aquisição de ações e posterior subscrição em aumento de capital), o *Tribunal de grande instance de Paris*, em julgamento de 20 de janeiro de 1988, decidiu que a oferta pública não era necessária, por considerar que *“se a obrigação de manter a cotação deve ser observada quando a compra atinge uma quantidade de títulos suscetível de dar o controle da sociedade emissora, este não é o caso quando o controle é conseguido por uma operação complexa, cuja venda dos títulos corresponde apenas a um dos elementos, excluindo qualquer transferência de ações.”*¹⁹⁰

IV – Tag along nas legislações brasileira e estrangeira

31. Após votada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal a Subemenda Substitutiva às Emendas de Plenário e ao Primeiro Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.115, de 1997, o artigo 254-A passou a dispor: *“Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.*

¹⁹⁰ “Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique”, Paris, Sirey, 1989, p. 80.

31.1. Hoje, em decorrência de extensa regulamentação da BMF&BOVESPA, a situação do *tag along* no país é a seguinte¹⁹¹:

TAG ALONG NO BRASIL

LSA: art. 254-A	<u>80%</u> Minoritários
BM&FBOVESPA Tradicional	<u>80%</u> Minoritários
BM&FBOVESPA Nível 1	<u>80%</u> Minoritários
BM&FBOVESPA Mais	<u>100%</u> Minoritários
BM&FBOVESPA Novo Mercado	<u>100%</u> Minoritários
BM&FBOVESPA Nível 2	<u>100%</u> Minoritários e Preferencialistas

Site: http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/empresas_segmentos-de-listagem.asp

B) Tag along na legislação estrangeira

(a) Legislações que asseguram o *tag along* apenas aos minoritários

¹⁹¹ Saliente-se que as companhias integrantes do Novo Mercado não possuem ações preferenciais, assim como não podem ser emitidas e negociadas ações preferenciais pelas sociedades que integram o Bovespa Mais.

31.2. Na Itália¹⁹² e Argentina¹⁹³ são destinatários da oferta pública obrigatória de ações os titulares de ações ordinárias com direito de voto, razão pela qual somente os minoritários têm garantido o direito de saída conjunta.

(b) Legislações que garantem o *tag along* a minoritários e preferencialistas

32. Na Alemanha¹⁹⁴, Inglaterra¹⁹⁵, Portugal¹⁹⁶ e Espanha¹⁹⁷, na linha preconizada pela Diretiva 2004/25 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004, relativa às ofertas públicas obrigatórias de aquisição de ações de companhias abertas; na França¹⁹⁸, México¹⁹⁹, Chile²⁰⁰, China²⁰¹ e Japão²⁰² são destinatários da OPA os minoritários e os preferencialistas.

32.1. A propósito dos “direitos de saída em empresas de *venture capital*” na Alemanha, Carsten Bienz e Uwe Walz, após profunda investigação que envolveu 494 contratos entre empresas de *venture capital*, concluíram que os direitos de saída, em particular o *drag-along* e o *tag-along*, eram minuciosamente previstos em contratos especiais, através das chamadas *drag-along and tag-along clauses*, em especial em acordos de acionistas, nos

¹⁹² Art. 106 do TUIF “*Testo único in matéria di intermediazione finanziaria*”.

¹⁹³ Art. 23 do Decreto 677/2001, conjugado com os arts. 5º e 9º da Resolución General nº 401, só sendo obrigatória a OPA após a aquisição de 30% das ações ordinárias.

¹⁹⁴ Seção 35, § 2º da *German Securities Acquisition and Takeover Act (Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz)*, de 20 de dezembro de 2001.

¹⁹⁵ Nº 9.1 do “*Rule 9*” – Mandatory bid rule – do *City Code on Takeovers and Mergers*.

¹⁹⁶ Art. 187 do Código de Valores Mobiliários – Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro.

¹⁹⁷ **Alínea a** e *caput* do artigo 60 da Ley 24/1988 del Mercado de Valores, de 28 de Julio.

¹⁹⁸ Lei nº 898.531, de 02.08.1989.

¹⁹⁹ Art. 98 da Ley del Mercado de Valores, publicada en el Diario Oficial de La Federación del 30 de diciembre de 2005.

²⁰⁰ Alinha b do art. 199 conjugado com o art. 199 *bis* da Ley nº 18.045 – Ley de Mercado de Valores

²⁰¹ Artigo 85 da Securities Law of the People’s Republic of China

²⁰² Artigo 27-13, Parágrafo 4 da *Financial Instruments and Exchange Law*

planos de negócios e em contratos de mútuo, com a finalidade de (a) prevenir litígios, (b) atuar na governança da empresa, (c) fiscalizar os serviços e (d) garantir o direito de saída conjunta com os majoritários²⁰³, este previsto na *German Securities Acquisition and Takeover Act (Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz)*, na Seção 35, §2º.

32.2. Destaque-se que, na França, desde 1973, há normas legais e regulamentares que tornam a oferta pública obrigatória nos casos de alienação de controle de companhia aberta, havendo (a) a Association Française des Banques editado *“normas determinando que quando houvesse transferência de controle acionário de uma instituição financeira com alienante identificado, os minoritários deveriam alienar suas ações, obrigatoriamente, junto com o bloco de controle, pelo mesmo preço e condições”*²⁰⁴, (b) em 2 de agosto de 1989, a Lei 89-531 dado competência ao Conselho das Bolsas de Valores para regular as ofertas públicas e obrigado *“aquele que adquirisse mais de 1/3 das ações votantes de uma empresa (...) a fazer oferta pública de compra dos 2/3 restantes pela chamada garantie de cours”*²⁰⁵, e, por fim, (c) em maio de 1992, a oferta de compra foi estendida a todas as ações, votantes ou não²⁰⁶.

32.3. No Japão, o interessado na aquisição deverá formular a OPA somente após haver adquirido 2/3 das ações votantes²⁰⁷, sem, entretanto, ficar obrigado ao pagamento de prêmio a minoritários e preferencialistas²⁰⁸.

²⁰³ http://www.mm.uni-frankfurt.de/fileadmin/Publikationen/exitrights_jems_rev2_16_11_2009.pdf.

²⁰⁴ Roberta Nioac Prado, art. cit., p.102.

²⁰⁵ *Idem*, p. 103.

²⁰⁶ Loc. cit.

²⁰⁷ Artigo: Anderson Mori & Tomotsune, “Pitfalls in Japan’s New Tender Offer Regime”, pág. 2, website: http://www.amt-law.com/pdf/bulletins2_pdf/070427_1.pdf.

²⁰⁸ Artigo: Yoshinori Ono, Kazuyoshi Furusumi, Hiroki Yamada, “Tender Offer Regulations in Japan”, pág 2, website: http://www.jurists.co.jp/ja/topics/docs/newsletter_200911_cbt_en.pdf.

32.4. Na China, a OPA pode ser dispensada pelo Conselho de Estado²⁰⁹.

32.5. Segundo pesquisa da OCDE – Organização para Coordenação do Desenvolvimento Econômico na Ásia, lá não prevalece o princípio do tratamento igualitário devido à sua difícil execução prática e à possibilidade de “travar” a bolsa de valores e de prejudicar a economia.²¹⁰

(c) Legislação norte-americana

33. Não há norma legal no direito norte-americano que torne obrigatória a oferta pública na alienação de controle de uma companhia e garanta o *tag along*²¹¹, sendo a proteção aos acionistas minoritários expressa apenas nas regras de *disclosure* e de *insider trading*, nos princípios da lealdade e da boa-fé e nas sanções aos atos fraudulentos.

33.1. A propósito, Simone Azevedo destaca: “... o mercado americano, considerado o mais desenvolvido do mundo, não prevê o direito ao *tag along* a partir das negociações privadas de controle, mas, apenas, que, quando a proposta de aquisição se dá através de uma oferta pública, esta seja uma operação aberta a todos os acionistas e promovida em igualdade de condições de preço.”²¹²

²⁰⁹ Art. 81 da Securities Law of the People's Republic of China, que pode ser visualizado no seguinte website: http://www.csrc.gov.cn/pub/csrc_en/laws/rfdm/statelaws/200904/t20090429_102757.htm

²¹⁰ Idem, p. 27.

²¹¹ “O *tag-along rights* é um dos meios — contratuais e não legais - de que dispõem os investidores para obter certas garantias para a venda de suas ações em uma venda privada, ao lado do *put rights* e do *drag-along rights*”, conforme deixou evidenciado Kenneth J. Lebrun, fonte cit., p. 236. Sobre a matéria, leia-se a dissertação de Gabrille Santos Cordeiro, sob a orientação do Prof. Julian Fonseca Peña Chediak, “Aplicação do art. 254-A da LSA”, no site da PUC-RJ- Departamento de Direito, e, também, Roberta Nioac Prado, art. cit. p. 97/101.

²¹² Simone Azevedo, “*Tag along* emplaca em outros países da América Latina”, Revista Capital Aberto, edição: ano 1, Abril/2004, pág. 27. No mesmo sentido, Kenneth J. Lebrun, fonte cit., p. 235. Também

33.2. Simone Azevedo esclarece ainda que, “no trabalho intitulado *“Vendas Eficientes e Ineficientes de Controle Corporativo”*, o professor Lucian Arye Bebchuk, da Harvard Law School, avalia que as ofertas mandatórias de ações podem impedir aquisições com elevado potencial de agregar valor às companhias na medida em que tornam as transferências de controle extremamente caras para o comprador.”²¹³

V- Síntese da controvérsia

34. Portanto, a propósito do direito ao prêmio e da disciplina do *tag along*, há:

(a) os que sustentam que não cabe falar em ágio ou sobrepreço, porém em prêmio de controle, que deve pertencer, única e exclusivamente, aos controladores, eis que o preço das ações integrantes do bloco de controle corresponde à soma do valor econômico das ações cedidas e transferidas aos adquirentes e do prêmio atribuído ao poder de comandar os destinos da companhia aberta;

(b) os que asseveram que o controle é um bem intangível, um ativo social da companhia, os quais, a sua vez, se dividem em duas correntes: uma, defende a tese de que o ágio, que os adquirentes estão dispostos a pagar para deter o controle da companhia aberta, deve ser rateado entre controladores e minoritários; outra, argumenta que, se o controle é um bem social, todos os acionistas, independentemente da espécie de ações que possuam, devem beneficiar-se com a venda do controle e participar do rateio do ágio;

Kenneth J. Lebrun, deixa claro que, no Japão, o *tag along* é um direito exclusivamente contratual (idem, p. 236).

²¹³ Art. cit., p. 27.

(c) legislações que asseguram o *tag along* somente aos minoritários; outras, aos minoritários e preferencialistas; outras, que o admitem exclusivamente através de cláusula contratual; outras, que o ignoram, como vimos no item IV *supra*.

VI – A filosofia de René Descartes

35. Essa controvérsia, aqui e alhures, hoje como ontem, fez-me lembrar a advertência do fundador do movimento cartesiano, ao destacar: *"... é raro que, nas ciências, se encontre alguma questão sobre a qual as pessoas hábeis não tenham ficado amiúde em desacordo. Mas, toda vez que dois homens formulam sobre a mesma coisa juízos contrários, é certo que um ou outro, pelo menos, esteja enganado"*.²¹⁴

36. Como não me convenci dos argumentos das três correntes, escrevi o artigo "Interpretação realista da alienação de controle da companhia aberta"²¹⁵, inspirado na Escola do Realismo Científico, que transcrevo a seguir, com a devida vênia, para conhecimento de eventuais interessados.

VII - Interpretação realista²¹⁶ da alienação de controle de companhia aberta

²¹⁴ René Descartes, "Regras para orientação do espírito", trad. Bras., Martins Fontes, 1999, pags. 6 e 7.

²¹⁵ Publicado in "Reforma da Lei das Sociedades Anônimas", Forense, 2002, págs. 505 a 524, por mim coordenado.

²¹⁶ No final do século XIX, Oliver Holmes, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, lançou os fundamentos da Escola de Jurisprudência Sociológica Americana, depois desenvolvidos por Benjamin Cardozo e Roscoe Pound, havendo Pound, de forma lapidar e inovadora, defendido que (a) o Direito "é uma ciência de engenharia social"; (b) "o Direito deve ser estável e, sem dúvida, não pode permanecer inalterável"; (c) "a tarefa do Direito na resolução dos conflitos de interesses é eminentemente prática, eficaz, executiva"; (d) "a tarefa de engenharia social do Direito é ajustar os interesses em conflito, detectando os de maior prioridade sobre os demais"; (e) para valorar um problema jurídico ou conflito litigioso é necessário captar o sentido e o alcance de fatos abrangidos pelo problema" (*apud* Maria da Conceição Ferreira Magalhães, A Hermenêutica Jurídica, Forense, 1989, p. 80/84).

37. O controle é um bem intangível da companhia, cujo valor, a título de ágio, sobrevalor, sobrepreço ou prêmio, deve ser partilhado entre controladores e minoritários e, até mesmo, preferencialistas, ou o controle é um valor econômico inerente exclusivamente às ações ordinárias com direito de voto que compõem o bloco de comando, fazendo jus ao ágio ou prêmio apenas os controladores?

38. Se pregarmos que o ágio ou prêmio, correspondente ao poder de controle, integra o preço do bloco de comando e, portanto, deve pertencer tão somente aos controladores, ou se advogarmos que o controle é um sucedâneo da valorização patrimonial da companhia e, por conseguinte, o ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários, ou se sustentarmos que a lei deve assegurar a controladores, minoritários e preferencialistas, indistintamente, o direito à percepção do ágio, pois o controle é um bem social, estaremos enunciando uma proposição

Inspirando-se em Holmes, Cardoso e Pound, eminentes juristas americanos criaram a Escola do Realismo Jurídico, que, ultrapassando a Escola Sociológica, sustenta ser o direito real, efetivo, concreto o declarado pelos tribunais ao julgarem casos concretos e não produto de um método silogístico-dedutivo, frio e mecânico, puramente lógico-racional.

Enquanto nos Estados Unidos da América as Escolas Sociológica e Realista granjeavam adeptos, na Europa se fortalecia e expandia, por inspiração das idéias do Círculo de Viena, da escola de Upsala e de Cambridge, a Escola do Realismo Empírico, à frente Alf Ross, Lundstedt e o sueco Olivecrona, segundo a qual os juristas não devem pautar-se pelo idealismo metafísico, que sustenta poder chegar-se ao conhecimento imediatamente através da razão e independente dos sentidos e da experiência (o denominado conhecimento a priori), mas pelo Realismo Científico, que nega ser possível atingir-se o conhecimento apenas exercitando a faculdade da razão, em especial no campo do Direito, em que deve prevalecer o estudo, a observação e a verificação dos fatos e fenômenos sociais, aos quais se aplicará o Direito positivo pelos tribunais e se tornará eficaz a norma por sua aceitação por parte da consciência jurídica popular.

Ao referir-me a "interpretação realista" da questão do prêmio na alienação de controle de companhia aberta, pretendo, inspirado nos cânones das Escolas de Jurisprudência Sociológica Americana, do Realismo Jurídico, do Realismo Empírico, enfim do Realismo Científico, abordar o tema de forma "eminentemente prática, eficaz, executiva", tendo em conta "o sentido e o alcance dos fatos abrangidos pelo problema" (cfr. Roscoe Pound), "o Direito real, efetivo, concreto" e não o elaborado de forma apriorística, pois, a meu ver, no campo do Direito, o que deve prevalecer é o estudo, a observação e verificação dos fatos e fenômenos sociais e se a sua aplicação pelos tribunais fará Justiça às partes.

apriorística²¹⁷, porque formulada sem conhecermos mais e melhor as circunstâncias do caso e independentemente das forças que, de fato, devem motivar a aplicação do Direito, e emitindo um juízo de valor²¹⁸, sempre ditado “*por predileções de ordem pessoal*”²¹⁹ e baseado na razão prática, que, como diz Kant, por ser prática, deixa de ser razão e passa a ser vontade, e, exatamente por ser vontade e não verdade, a questão do ágio, no II PND e na CDE-14/74, mereceu um tratamento; no Anteprojeto e no Projeto de Lei das S.A., outro; sob o império do art. 254 original, com a redação da Emenda Lehmann, outro; após a Lei nº 9.457/97, outro; com o Projeto Kapaz-Kandir, outro, e, por fim, na sua definitiva redação, outro, quase se podendo dizer que, no caso do indigitado art. 254 revogado ou o atual 254-A, a vontade e a razão (teórica ou pura) estão dissociadas, o que inevitavelmente acarretou, na vigência do revogado art. 254, e está acarretando, na do art. 254-A, flagrantes injustiças.

39. Por isso, penso que:

1º) se, de forma apriorística, estabelecer-se que:

(a) o ágio pertence exclusivamente aos ordinaristas que detêm o comando da companhia, eis que o poder de controle tem valor econômico e integra o preço final das ações dos controladores, ou,

²¹⁷ Para Alf Ross, as proposições distinguem-se em apriorísticas e empíricas. “As proposições apriorísticas são verdadeiras tão só em virtude de sua forma e, por isso, são tautológicas ou analíticas, pois nada dizem a respeito do mundo... As proposições empíricas só possuem valor enquanto possam refletir a realidade dos fatos, devendo, portanto, ser verificadas por meio da experiência” (Alaôr Caffé Alves, apresentação à edição brasileira da obra “Direito e Justiça”, de Alf Ross, Ed. Edipro, 1ª ed., p. 10).

²¹⁸ Segundo Alaôr Caffé Alves, para Ross, os juízos de valor “são subjetivos, expressões de sentimentos e desejos e não vinculados a propriedades reais do objeto”, ob. cit., p. 9.

²¹⁹ Karl Popper, “A Lógica da Pesquisa Científica”, Ed. Cultrix, 2ª. ed., pág. 39.

(b) na alienação de controle de companhia aberta, deve-se garantir aos titulares de classes idênticas as mesmas condições de preço, forma e prazo de pagamento, ou, ainda,

(c) o ágio deve ser partilhado entre controladores, minoritários e preferencialistas, eis que, além de o controle ser um ativo social, todos os acionistas, independente da classe de ações, contribuíram para o desenvolvimento da empresa,

com certeza absoluta estar-se-á criando a possibilidade de o juiz compelido a ignorar as condições peculiares e as circunstâncias especiais do caso concreto submetido a seu julgamento e a aplicar uma norma que não fará Justiça a controladores, minoritários e preferencialistas;

2º) a questão do ágio na alienação de controle de companhia aberta deve ser resolvida não pelo Direito *in abstracto*, mas pelo Direito concreto em ação, não por juízos de valor, mas por juízos de realidade, não por proposições apriorísticas, mas por proposições empíricas, com base nos cânones do neoempirismo lógico e, em especial, nos da Escola do Realismo Científico, que é uma tentativa de superar a alternativa entre o realismo psicológico da Escola de Uppsala e o realismo comportamentista ou sociológico americano, para o qual “*constitui princípio elementar da ciência a necessária definição de um objeto de acordo com qualidades objetivas e não de acordo com quaisquer avaliações apriorísticas baseadas em juízos de valor*”.²²⁰

²²⁰Alf Ross, ob. cit., p. 96. Recorde-se, ademais, por oportuno, que, na multiplicidade das filosofias, o ceticismo provocou uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor, sendo que os juízos de realidade seriam a expressão de um conhecimento objetivo, empírico e racionalmente fundado, enquanto os juízos de valor, conforme, por todos, repita-se, ensinou PERELMAN, por definição são irracionais, não obstante, acentue-se, por indiscutível, que uma análise mais profunda e isenta de paixões concluirá que os juízos de realidade não são inteiramente independentes dos juízos de valor, daí não poder haver um fosso entre os juízos de realidade e os juízos de valor, mas, por igual, não se poder preferir estes em prejuízo daqueles.

40. Destarte, com fundamento nos ensinamentos da Escola do Realismo Científico, em especial quando enfatiza que, *“na ciência jurídica, se deve sustentar que o direito é um fato social, cuja existência e descrição somente podem ser equacionadas em termos puramente fáticos, sensíveis e empíricos, sem necessidade de se recorrer a princípios morais, racionais ou ideológicos”*²²¹, e partindo da premissa de que não se deve, aprioristicamente, formular uma norma legal definindo se o ágio, pago pelo poder de controle, cabe (a) só ao controlador, (b) ao controlador e aos minoritários ou, então, (c) ao controlador, minoritários e preferencialistas, penso que o art. 254-A deveria ter instituído um princípio geral sobre a matéria, cometendo, primeiro, à CVM²²² e à jurisprudência, em segunda e definitiva instância, o exame e a solução de eventuais conflitos de interesses surgidos entre os acionistas de companhia aberta quanto o direito ao rateio do ágio, com apoio em juízos de realidade, não podendo pairar dúvida de que o próprio mercado encontrará meios de se proteger e de evitar litígios.²²³

VIII – O mito e a realidade

A - O mito

²²¹ Alf Ross, ob. cit., p.11.

²²² Para que não se diga, sem conhecer dados concretos, que é inviável o exame pela CVM de TODOS os casos de alienação de controle da companhia aberta, por ela supostamente não possuir adequada infraestrutura e corpo técnico em número suficiente para desincumbir-se bem dessa atribuição, cumpre esclarecer que estão registradas na CVM como companhias abertas apenas 998 sociedades (novembro de 2000), sendo que somente 465 companhias (novembro de 2000) têm ações negociadas em bolsa e, ademais, como ressaltado por Modesto Carvalhosa, a CVM sempre lutou para *“dar consistência ao preceito (do art. 254) notadamente quando tratou da matéria da transferência indireta de controle”* (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, cit., vol. cit., p. 145), o que é explicitado no Parecer nº 86/82, objeto do estudo de Luiz Leonardo Cantidiano, publicado na RDM, ano XXXIV, 1985, vol. 56, pág. 59. A CVM, por fim, firmou ainda orientação no sentido de: (a) o art. 254 só se aplicar na venda ou permuta de ações cujos titulares estejam no efetivo exercício do controle (Parecer CVM-SJU nº 58/78); (b) para garantir o pagamento de igual preço aos minoritários, ter competência de verificar o cálculo do preço pago às ações dos controladores (Parecer CVM-SJU nº 09/83); (c) mesmo não tendo havido pagamento de ágio na alienação de controle, ser obrigatória a oferta pública aos minoritários, para que exerçam, querendo, o direito de alienação de suas ações pelo preço pago aos controladores (Parecer CVM-SJU nº 79/83).

²²³ Por fim, como, de novo, ressaltado por Roberta Nioac Prado (ob. cit., p. 101), a solução adotada no Direito americano foi a de deixar o legislador fundar-se em princípios gerais e, para a doutrina e jurisprudência, a análise e decisão casuística, já que o próprio mercado é capaz de regular-se.

41. O mito - repitamo-lo – é: o *tag along* tem por finalidade proteger os acionistas minoritários na alienação de controle de companhia aberta.²²⁴

B - O *tag along* nos EUA²²⁵

42. O *tag along*, literalmente, “seguir de perto”, expandiu-se no mercado de capitais norte-americano em decorrência do crescimento dos fundos de *private equity* e do aumento da participação de investidores institucionais no capital social das *corporations* com a finalidade de, através de cláusula contratual, alinhar os interesses de controladores e minoritários e garantir o direito potestativo de os minoritários retirarem-se da companhia em idênticas condições de preço, forma e prazo de pagamento quando os controladores decidissem transferir o controle societário.²²⁶

²²⁴ Conheço a pesquisa da API MEC-SP – Associação dos Analistas Profissionais de Investimento e Mercado de Capitais de São Paulo que concluiu ser o *tag along* o item mais importante na avaliação dos analistas de mercado sobre governança corporativa.

Mas conheço, e respeito, também as observações da BM&FBOVESPA do teor seguinte: “*Tag along* – Qual o lado ruim da história? Embora o *tag along* seja uma maneira de proteger os direitos dos acionistas minoritários e de melhorar a liquidez das ações ordinárias, ele também trás alguns pontos desfavoráveis.

O custo de aquisição de companhias fica bem mais elevado pois além de adquirir as ações do bloco controlador, o comprador terá que oferecer também, no mínimo, 80% desse valor aos outros acionistas detentores de ações ordinárias.

Outro ponto importante é a respeito do alto grau de especulação que passa a envolver supostos anúncios de aquisições e trocas de controle entre companhias. Como sempre existe a expectativa de que **uma** companhia será vendida por valores acima do que o mercado está praticando, principalmente em tempos de crise, os investidores correm para comprar essas ações, na esperança de embolsar os lucros gerados pela diferença entre o preço da oferta e o valor atual das cotações.

Isso gera uma alta absurda dos preços no curto prazo, mas caso a negociação entre as partes não se concretize, todo esse movimento especulativo vai por água abaixo e pode trazer enormes prejuízos.” (BM&FBOVESPA – <http://www.investpedia.com.br/artigo/O+que+e+Tag+Along.aspx>).

²²⁵ De acordo com o site <http://www.meionorte.com/mercado/financeiro/analise-tag-along-o-que-e-isso-103081.html>, o *tag along* é um “mecanismo que teve origem provável nos Estados Unidos, por volta das primeiras décadas do século XX. Naquela época, em diversos casos de fraudes nas aquisições de empresas negociadas em bolsa de valores, os tribunais norte americanos concederam o direito de pequenos acionistas reaverem as diferenças de valores entre os preços pagos por suas ações e os preços pagos aos controladores (sócios majoritários) das empresas. Em 1948, o *tag along* surge também no Direito Britânico com a regulamentação da aquisição entre das ou mais empresas, ficando prevista a aquisição compulsória também das ações dos minoritários pelo comprador das ações dos controladores.”

²²⁶ *Tag-along rights is a mandatory bid rule providing minority shareholders the right to sell their shares in the same conditions of controlling shareholders in case of control transfers*, conforme Alexandre Di Miceli da Silveira, School of Economics, Management and Accounting, University of São Paulo, Corporate Governance Myths in Brazil: An Analysis of Common Statements Made by Market Practitioners.

43. O *tag along* é, outrossim, nos EUA, um eficiente mecanismo de governança corporativa, razão pela qual, quando os controladores resolvem vender o controle acionário para terceiro de igual idoneidade moral, poder econômico e competência técnica, os minoritários, ao invés de exercerem o *tag along*, renovam o acordo de acionistas e permanecem na empresa²²⁷, por entenderem que o comprador agregará valor à companhia, conforme ocorreu, recentemente, com as ações da Martha Stewart Living Omimedia, que subiram 24% em um só dia, logo após a empresa de mídia e merchandising anunciar que seus acionistas desejavam vendê-la ou formar nova sociedade²²⁸.

44. Nos EUA, portanto, o *tag along* funda-se nos princípios da autonomia da vontade, do consensualismo, da lealdade, da boa-fé e da força obrigatória dos contratos e põe controladores e minoritários em nível de absoluta igualdade, pois equaliza seus direitos políticos e patrimoniais, e garante o direito de saída simultânea àqueles que decidirem não se “associar” aos novos controladores.

C - O *tag along* no Brasil

45. No Brasil, o *tag along* está, essencial e visceralmente, ligado ao prêmio de controle ou ágio, que o terceiro se dispõe a pagar para adquirir o poder de comando da companhia, não se atentando para sua importância estratégica²²⁹, nem, tampouco, valorizando o fato incontestado de ele ser um importante instrumento de governança corporativa.

²²⁷ Cfr. Carta Dynamo 36, do 4º trimestre de 2002, publicação da DYNAMO Administração de Recursos Ltda., e, ainda, Alexandre Di Miceli da Silveira, estudo cit., p. 7

²²⁸ O Globo, de 27/05/2011, pag. 30.

²²⁹ Cfr. sustenta a Carta DYNANO nº 36, p. 2.

46. Mas, indaga-se: o que levou o país a afastar-se da autêntica vocação do *tag along* e a transformá-lo em mera compensação financeira para os minoritários, quando os controladores alienam o poder de mando de companhia aberta?

47. Em última e derradeira instância foi o meio simples, fácil, objetivo e rápido, imaginado pelos legisladores com o aval do Poder Executivo, de prevenir e/ou punir práticas ilícitas de caráter financeiro, administrativo e contábil dos controladores, as quais elevam, por vezes, o prêmio de controle a inimagináveis três dígitos, quando, na prática internacional, ele é, em média, de 20%.²³⁰

48. Com efeito, os especialistas em mercado de capitais enunciam uma série de expedientes fraudulentos utilizados pelos controladores que os beneficiam particularmente e, por conseguinte, prejudicam a companhia, os demais acionistas e os credores sociais, tais como²³¹: (a) o caixa da companhia, que pertence a todos os acionistas, destinar-se à construção de uma nova unidade, e, quando da venda dessa unidade dentro de uma alienação de controle, os controladores receberem um prêmio proporcional ao valor da unidade já então integrada ao ativo da companhia; (b) na hora de pagar o prêmio de controle em uma aquisição, a companhia usar recursos próprios que pertencem a todos os acionistas, e se, na venda do controle, o prêmio for muito elevado, significa que, na parcela referente àquele ativo, o custo foi socializado, mas os lucros privatizados, isto é, repartidos desigualmente; (c) quanto mais baixo estiver o preço das ações no mercado, melhor a perspectiva para o prêmio de controle, pois há um forte estímulo ao artesanato das falsas más notícias e às manipulações contábeis; (d) negócios com partes relacionadas aos controladores; (e) retenção de recursos em caixa; (f) diluição injustificada da participação dos minoritários; (g) distribuição de

²³⁰ Cfr. Carta DYNAMO nº 26, do 1º trimestre de 2000, p. 3.

²³¹ Exemplos extraídos das Cartas DYNAMO nºs 26 e 36.

dividendos seguida de chamada de capital; (h) concessão de mútuos para os controladores; (i) pagamento desses mútuos com ativos super-valorizados; (j) cobrança de taxa de administração pelos controladores; (k) custeio de gastos pessoais; (l) benefícios que são apropriados privadamente pelos controladores embora sejam gerados pela empresa como, por exemplo, infraestrutura operacional para negócios particulares e representação junto à mídia, políticos e autoridades.

49. Seria o *tag along* a melhor — não a mais fácil ou a mais simples ou a mais rápida — solução para evitar ou punir o uso abusivo desses artifícios fraudulentos, os quais, nos EUA, são chamados de *tunneling*, isto é, “caminho por onde escoar valor da empresa para o controlador”?²³²

50. Não. A solução correta, juridicamente perfeita, é munir o Estado de mecanismos legais e regulamentares eficientes para combater o *insider trading* e fiscalizar e lutar contra o abuso, o desvio e o excesso de poder de comando dos controladores e, após o devido processo legal, punir, exemplarmente, administrativa, civil e penalmente²³³ os controladores que hajam expropriado bens e direitos da sociedade, que pertencem, igualmente, a controladores, minoritários e preferencialistas²³⁴, ou obtido, para si ou para outrem, ou hajam propiciado a terceiros, indevidas vantagens financeiras.

51. Os gráficos das movimentações de ações imediatamente após o rumor de uma OPA, divulgados pela BMF@BOVESPA, demonstram que, com a OPA, o preços das ações ON e PN se “descolam”, se afastam,

²³² Cfr. citada Carta DYNAMO nº 26.

²³³ Exemplo do funcionamento das normas dessa natureza temô-lo na condenação, em primeiro grau de jurisdição, do empresário Ricardo Mansur, controlador do Mapin e do banco Crefisul, pela prática, segundo o jornal Valor Econômico de 31.10.2011, página 34, de gestão fraudulenta e desvio de bens.

²³⁴ No Anexo III, relaciono as cominações de ordem pecuniária, impostas pela CVM e BOVESPA, administrativa, civil e penal a que estão sujeitos os controladores com base em pesquisa realizada pelo bacharel em direito Antonio de Faria Guimarães, formado pela Universidade Candido Mendes.

distanciam-se em um “jogo de soma zero”, deixando claro que: (1) os minoritários perdem; os *insiders* enriquecem; (2) os minoritários perdem; os preferencialistas especuladores enriquecem; (3) se acentua a volatilidade das ações, afetando a credibilidade do mercado; (4) o preço das ações ON e PN deixam de ter como parâmetro os fundamentos da companhia; (5) a bolsa se assemelha a um cassino, pois os preços não são estabelecidos em função da performance da empresa.

D - A realidade

52. Por tudo isso, concluo que, na *realidade*, o *tag along* é, no país:

(1º) uma intervenção indevida do Estado no domínio econômico e nas relações privadas de companhias abertas e investidores que atuam no mercado de ações, numa atuação típica do “Estado-babá”, deturpação do “Estado social”, do Estado providência, que deveria estar se ocupando, com afinco, baseado em planejamento estratégico plurianual, com as gigantescas questões de ordem macro econômica nacionais (saúde, saneamento básico, educação, segurança pública, meio ambiente, etc.) e não as questões de microeconomia (proibição da venda de remédios para emagrecer, elaboração da Lei da Palmada, limitação do direito de propriedade, sob o pretexto de sua função social, e da liberdade de contratar, sob o argumento de proteger os mais fracos, proibição do bronzamento artificial e do uso de cigarros eletrônicos, imposição às indústrias de alimentos para reduzirem os teores de açúcar, sal e gorduras em certos produtos, etc.);

(2º) uma odiosa restrição ao livre-arbítrio e à capacidade de escolha e decisão de pessoas dispostas a correr riscos em busca de maiores ganhos em operações mercantis de alienação de controle de companhia aberta;

(3º) uma violação do princípio constitucional da liberdade individual e dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo, esteios do Direito das Obrigações;

(4º) uma violação do direito de propriedade dos controladores de disporem de bens que possuem a seu livre alvedrio e do direito de contratar dos interessados na compra de controle de companhia aberta;

(5º) espoliador em relação aos controladores, perversos com os adquirentes de controle acionário e iníquo com os preferencialistas;

(6º) odioso privilégio para os minoritários se o fundamento econômico do *tag along* for — como dizem ser — a contribuição dos acionistas para o desenvolvimento e enriquecimento das companhias;

(7º) prejudicial aos minoritários rendeiros e ótima oportunidade de enriquecer para os acionistas minoritários e preferencialistas especuladores;

(8º) fomentador da cobiça e da ganância dos *insiders*, eis que estimula a especulação com ações ordinárias às vésperas do anúncio da OPA obrigatória;

(9º) nocivo à companhia aberta, pois provoca a falta de liquidez das ações ordinárias nos pregões das bolsas de valores após a OPA e, por isso, desestabiliza o mercado de capitais;

(10º) concentrador do controle em grupos oligárquicos, quando se o quer disperso, e eficaz mecanismo do fechamento do capital de companhias abertas;

(11º) óbice à reorganização de uma empresa em dificuldades econômico-financeiras, enfim,

(12º) um expediente para garantir aos detentores de ações ordinárias não integrantes de bloco de controle apenas um ganho financeiro, desprezando os atributos estratégicos e de governança corporativa do *tag along*, as suas verdadeiras virtudes.

*Jorge Lobo é Mestre em Direito da Empresa da UFRJ, Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ, Procurador de Justiça (aposentado) MP-RJ.

DIREITO PENAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Por João Carlos Castellar*

Apesar do título deste artigo parecer autoexplicativo, sugerindo que o Direito pudesse ser o único “responsável” pela criminalização da pobreza, necessário corrigir certa confusão que se costuma estabelecer entre Direito Penal e Política Criminal.

Na formulação de Franz Von Liszt, política criminal é um “conteúdo sistemático de princípios – garantidos pela investigação científica das causas do crime e da eficácia da pena – segundo os quais o Estado dirige a luta contra o delito, por meio da pena e de suas formas de execução”. Aduz o autor que o direito penal é o “termômetro da liberdade política” e que entre “a política criminal e o direito penal se dão *limites insuperáveis*, como os que existem entre a política e o direito”.

Na moderna expressão de Mireille Delmas-Marty, política criminal é “o conjunto dos procedimentos através dos quais o *corpo social* organiza as respostas ao fenômeno criminal”, enquanto para Heinz Zipf, a política criminal “é um setor objetivamente delimitado da Política jurídica em geral: é a política jurídica no âmbito da justiça criminal”.

Com isto estabelecido, conclui-se que a precípua finalidade da política criminal será a de prevenir, tanto quanto possível, a incidência de crimes numa determinada sociedade, valendo-se para isso do estudo das inúmeras formas de controle social, entre as quais, aí sim se inclui o Direito Penal.

Vê-se que aqui se fala de *crimes*, ou seja, cogita-se da mais grave vulneração a certos bens que em determinado momento histórico são considerados mais valiosos e carecedores de maior proteção por um dado grupo social – são os bens jurídico-penais. Como a pena, decorrência da aplicação do Direito Penal, também atinge e vulnera bem jurídico de extrema valia – a liberdade do autor do crime – somente deve ser empregada em última hipótese, quando outras sanções não forem suficientes para a composição do conflito sócio-jurídico instalado com o cometimento do crime.

Para situações em que haja vulnerações menos graves ou de menor intensidade, poderá o Direito Administrativo Sancionador ou o Direito Civil dar cabo de proteger os bens merecedores de tutela. Desse modo, definitivamente, não tem o Direito Penal que estender sua proteção a todo e qualquer bem jurídico que tenha sofrido alguma diminuição ou ataque, mas só àqueles que de algum modo se situem na esfera de proteção a direitos fundamentais da pessoa humana.

Ocorre que a sociedade é formada por classes sociais e são as classes sociais política e economicamente dominantes que impõem sua influência ideológica sobre as demais, privilegiando os interesses dos grupos hegemônicos que as compõem. A consequência disso é que “uma determinada e particular concepção de mundo se terá objetivado através da norma penal que fará fixar, em conformidade a ela, pautas de conduta social”. É nesse momento que aparecerá, “de maneira mais significativa, a influência da ideologia dominante na imposição de seus valores sociais” e na eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela ou proteção do Direito Penal. Significa dizer que a definição do que venha a ser crime em dada sociedade dependerá sempre dos indivíduos que usufruem de posição de predomínio na determinação do que seja adequado ou inadequado, ou seja, das ideologias que estes homens, ou melhor, estas classes sociais adotam para si, considerando-os direitos fundamentais de toda a sociedade.

O componente ideológico que integrará cada construção típica, assim como sua forma de aplicação, e até mesmo sua execução – sem que se esqueçam das regras processuais – variará em conformidade com os “juízos de valor próprios do legislador, posto que um ato não é criminoso em si mesmo, só passando a sê-lo em virtude da norma jurídica que o qualifique como tal”.

No entanto, como diz Thompson, esta ordem jurídica é resultado da atividade humana, posto que elaborada por um *legislador*, isto é, “por um ou mais indivíduos de carne e ossos, que partilha de todas as fraquezas comuns aos seus semelhantes, que odeia e ama, que varia de humor a cada instante, que possui cabeça, tronco e membros, que come e bebe e até, vai ao banheiro várias vezes por dia”.

Deste modo, o *legislador*, que ademais periodicamente necessita renovar seu mandato parlamentar, sofre enorme influência midiática, não raro atuando passionalmente no vai-e-vem das marés criminalizantes, circunstância que se soma aos vetores ideológicos e pessoais que formam seu perfil político-ideológico, desaguando sua atuação legislativa, invariavelmente, na edição de leis revestidas de viés acentuadamente populista, aquelas que são editadas ao sabor de uma *vontade popular* ideologicamente construída, chamadas *Leis de Emergência*, eis que “fogem dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade”.

Assim, segue Thompson, “o ser abstrato do *legislador* representa pura idealização ético-metafísica”, bem como “crime e criminoso não são entidades absolutas, ou naturais, ou passíveis de ser vistas como algo em si, mas, tão-somente, o resultado da vontade do *legislador* – ao qual incumbe a tarefa de consolidar em ditames coercitivos a proteção de privilégios dos grupos espoliadores”. Em outras palavras: o crime não é apenas um *ente jurídico*,

como propunha Carrara no século XIX, mas um *ente político*, como desvendou Thompson cem anos depois-.

Diante destas observações, não será demasia repetir que a política criminal adotada por determinado Estado em determinado momento histórico refletirá sempre a vontade da classe social dominante, que adota determinado sistema político e (sobretudo) econômico, o qual estará delineado na Constituição e nas leis desse país. Esta classe social é que imporá as normas de conduta que convém aos seus interesses, submetendo as demais ao seu efetivo acatamento, o que se realizará por meio das instituições e demais instrumentos de força entre os quais se destaca o *sistema penal*.

Deste modo, reitere-se, será através de medidas de política criminal, as quais são fortemente impregnadas pela coloração ideológica de que se reveste a classe social político e economicamente dominante, serão definidos quais os comportamentos alçados à categoria de crime, bem como se articularão e serão postas em prática as estratégias estatais mais apropriadas ao controle do que venha a ser criminalizado. Estabelecendo o Poder Legislativo as condutas proibidas, caberá ao Executivo, ao alvedrio de suas prioridades, eleger quais delas se perseguirão com mais ou menos intensidade.

Cuida-se aqui das formas de criminalização *primária* (o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas); e *secundária* (a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas).

Esclarecendo o sentido dessa classificação, anotam Batista e Zaffaroni que “em geral são as agências políticas (parlamentos, executivos), que exercem a criminalização *primária* (elaboração das leis penais), ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de

criminalização *secundária* (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários)”.

Quando as decisões de governo relativas às criminalizações primária e secundária são impostas sem que se obedeça a critérios minimamente democráticos, constroem-se sistemas jurídico-penais que agridem as regras da dogmática (os princípios garantidores da dignidade humana em que se funda o Direito Penal), transformando-se o Direito Penal num mero instrumento para o exercício do poder punitivo, plenamente apto a ser utilizado para excluir e punir os indesejáveis – ou simplesmente *inimigos* para usar uma expressão da moda – que formam as ditas *classes perigosas* de que falava Marx, numa expressão que remete àquele “conjunto social formado à margem da sociedade civil, surgido na primeira metade do século XIX, período em que a superpopulação relativa ou o *exército industrial de reserva* atingia proporções extremas na Inglaterra, quando esse país vivia a fase “juvenil” da Revolução Industrial”.

Daí o acerto das observações de Rusche e Kirchheimer, no sentido de que a pena privativa de liberdade tem função de natureza econômica. Para estes autores, a punição não é uma simples consequência do crime, nem o reverso do crime, muito menos um meio determinado do fim a ser atingido. A punição precisa ser entendida como um fenômeno independente seja de sua concepção jurídica, ou de seus fins sociais. A punição em suas manifestações específicas é variável, como também o são os métodos penais em períodos históricos igualmente específicos. Todo o sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção.

Assim, o desaparecimento de um sistema de produção faz com que a punição correspondente fique inaplicável. Somente um desenvolvimento específico das forças produtivas permite a introdução ou a rejeição de penalidades correspondentes. Porém, antes que métodos potenciais sejam

introduzidos, a sociedade precisa estar em condições de incorporá-los como parte integrante de todo o sistema social e econômico.

A título exemplificativo, note-se que em certo momento histórico queimava-se e mutilava-se os corpos hereges. Havia o espetáculo macabro da morte em praça pública que atraía a população. Aqueles corpos dilacerados não eram necessários à ordem econômica feudal, cujo sistema de produção absorvia muito pouco da massa humana existente sobre a Terra. Depois, em outro período, estes mesmos corpos desajustados às regras impostas pelo corpo social, não podiam sofrer lesões, pois eles eram necessários para que trabalhassem suprimindo a carência de mão de obra exigida pela Revolução Industrial, já que formavam a *reserva* do *exército industrial* exigido pelas relações entre capital e trabalho reinantes naquele intervalo.

Hoje, simplesmente se prende os corpos que não trabalham, que não se incluem na economia formal, os *consumidores falidos*, porque a acumulação do capital financeiro lhes subtraiu os empregos, em nome da eficiência da produção. Na arguta observação de Foucault: “se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que então se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1760, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições”.

Além de permanecer latente através dos mecanismos do Direito Penal *clássico*, a ideia de segregação e exclusão daquela parcela da população que historicamente sofre mais diretamente em seus corpos as consequências das relações de produção, a novidade pós-moderna está em que construir-se um Direito penal *econômico*, sob o fundamento político-criminal de que será destinado àquela faceta da criminalidade que é cometida por cidadãos

devidamente inseridos nas relações produtivas, mas que descumpriram regras nas relações com seus iguais.

Ocorre que a realidade demonstra que até mesmo as regras especificamente elaboradas para dar conteúdo e forma a este Direito penal *diferenciado*, findam por atingir precisamente aqueles que se veem excluídos das relações produtivas, aqueles sobram no mercado de trabalho formal, aqueles que formam a clientela do Direito Penal *Clássico* ou *Convencional*.

Não é necessário ser um estudioso das ciências humanas e sociais para se saber que, no Brasil, é gritante o aumento do aprisionamento de pessoas. Conforme dados veiculados pelo Ministério da Justiça, o contingente carcerário simplesmente mais do que *dobrou* em pouco mais de dez anos: o número de presos em 2000 era de 232.755, saltando para cerca de 550 mil, em 2013, proporção que supera em muito o crescimento vegetativo da população no mesmo período, a qual, apenas considerando a Região Sudeste, aquela que reúne o maior contingente populacional, gira em torno de 38%.

Este cômputo ganha dimensões hiperbólicas quando nele se inserem aqueles condenados que, apesar de não estarem necessariamente encarcerados, permanecem adstritos ao cumprimento de penas corporais substitutivas às de prisão propriamente dita, posto que apenas limitem a liberdade de ir e vir, sem a suprimir totalmente, constituindo tais medidas em soluções sancionatórias (penas) alternativas às de completo cerceamento da liberdade. Assim sendo, os condenados que estão em liberdade provisória, ou seja, que estão com o exercício liberdade vinculado ao cumprimento de certas regras e submetidos à determinadas limitações, não se incluem naquela contagem de meio milhão de presos – mas continuam inexoravelmente sob controle e vigilância do Estado. Em três palavras: *não estão livres*.

Tampouco neste somatório se inserem os que ao serem condenados se livram soltos, sendo submetidos a outras medidas que condicionam sua permanência em liberdade ao atendimento de determinadas restrições. Entre estas medidas se incluem a suspensão condicional da pena (*sursis*) e o livramento condicional, além de outras soluções desprisionalizadoras assemelhadas. Há, ainda, enorme contingente de pessoas que aguardam julgamento adstritas as recentemente criadas medidas cautelares pessoais, que vêm regulamentadas no Código de Processo Penal.

Reveladora é a formação do contingente carcerário, também em relação à modalidade criminal praticada pelo interno, que deixa clara a opção ideológica do legislador na escolha dos bens jurídicos que deseja estender a proteção do Direito Penal: a comercialização de drogas ilícitas e demais delitos periféricos a esta conduta, além dos crimes contra o patrimônio.

Assim, a *criminalização da pobreza*, seja na elaboração de condutas típica ou na escolha daquelas que o sistema penal se interessará em perseguir, é opção ideológica do legislador brasileiro e das agências de execução das leis por eles produzidos.

Mas o Direito Penal e sua dogmática não devem ser “absolvidos”. Sob a falaciosa necessidade de estender sua proteção a bens jurídicos supraindividuais e a interesses difusos, dessubstancializam-se princípios caríssimos à dogmática penal – notadamente o da reserva legal – criando-se um Direito Penal *diferenciado*, de *duas velocidades* ou de *intervenção*, precisamente para atender à nova demanda neocriminal, cuja característica criminológica é distinta – e bem mais rica – daquela clientela histórica do Direito Penal, que trafega nas múltiplas instâncias do sistema penal.

Esta falaciosa repaginação do Direito Penal serve muito mais para legitimar a exclusão social daqueles que não ingressaram no mercado formal

de trabalho e consumo, do que para efetivamente punir os chamados crimes de *colarinho branco* e suas versões tardias, ou seja, os *poderosos* em geral.

Assim, a pobreza continua sendo criminalizada e a dogmática penal, lamentavelmente, vem cumprindo papel deletério nesta injusta equação.

RETROGRAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO – LOCAÇÃO DE SERVIÇO SOB O EPÍTETO TERCEIRIZAÇÃO – PROJETO DE LEI 4.430/2012**Augusto Haddock Lobo***

O tema não é novo, ainda que descentralizado das regras protetivas do direito do trabalho e sob o gênero do contrato temporário que já figurou no Código Civil pátrio sob o tema “locação de serviços” (art. 1.220), absorvido tal conceito do Código Napoleônico, desaguando tal entendimento na inexorável assertiva, fruto do vitorioso movimento do liberalismo econômico e jurídico, à época, na qual “o contratado mais fraco sujeito à exploração pelo contratante mais forte, que lhe imporia tais condições pelo tempo que se convencionasse, sem aquele limite temporal”, o que levou a observação do legislador no sentido do que tal locação de mão-de-obra ainda que limitada no tempo lhe pareceria uma forma de “escravização convencional”, se essa “obrigação de prestar serviços” ultrapassasse o limite de quatro anos ¹.

Sendo o direito do trabalho construído pelo conjunto de regras derivadas de normas de ordem pública e, inclusive, inderrogáveis pela vontade das partes, é que o saudoso jurista Délio Maranhão de forma cinética e paradoxal, já preludia sob a locação de mão-de-obra sob a tutela civilista que, “com advento do direito do trabalho e a consequente tutela, independentemente da vontade das partes, das condições de trabalho, o sentido de garantia de emprego, de manutenção do contrato, ao invés, passou a preponderar.

Com efeito, impende observar a preocupação das normas que tutelam as relações bilaterais travadas entre empregados e empregadores, em alcançar não só a liberdade de contratar do empregador, inerentes ao seu poder diretivo na condução da relação contratual laboral ainda que de cunho sinalagmática, mas, sobretudo, com o visio de impedir que a integração do empregado na empresa viesse a ser burlada já que ao que visa o direito é a estabilidade do empregado”, concluindo-se que “o Direito do Trabalho, hoje, quer a integração do trabalhador na empresa. E, obviamente, o veículo da integração é a estabilidade¹”.

Por isso que a legislação vigente que regula a matéria relativa à terceirização de serviços, apresenta-se excepcional somente permitindo-se essa modalidade de contratação na atividade meio da empresa, podendo-se emprestar de forma exegética, como gênero causas, as hipóteses elencadas nos art. 443 da CLT, em sinonímia, ainda que forçada mão a atual redação da Súmula 331 do E. TST, que em grau também de exceção torne expresso à ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo no caso de trabalho temporário nos termos da Lei nº 6.019/74.

De outra parte, como disse o juslaboralista italiano professor Renato Corrado² quando enfoca o problema originado com o surgimento das empresas de fornecedoras de mão-de-obra chamada *somministrazione di lavoro*, criticando a prestação periódica de trabalho, e este (trabalho) tratado, na verdade, como coisa retratada tal realidade fática nas palavras da professora e desembargadora do TRT da 1ª Região Sayonara Grilo, em recente publicação na Tribuna do Advogado³, como que a legalização do comércio de pessoas, observa que “sob o impulso de uma certa situação econômico – social para realizar o equilíbrio entre interesses opostos, nem sempre os mesmos capazes de serem satisfeitos integralmente (Trattado di Diritto Del Lavoro- Torino, UTET, 1996, v.2, p. 431).

Nesse encarrilho é que o referido Projeto de Lei de autoria do Deputado Sandro Mabel que prega que os novos terceirizados, segundo a sua

ótica, “serão os mais bem protegidos do país” e que “o terceirizado deixará de ser um trabalhador de segunda categoria tendo acesso a serviço médico interno...etc”, está alicerçado, data venia, em premissas contrapostas a corrente progressista entabulada contra a precarização da contratação de mão-de-obra, quer porque o conjunto normativo vigente que autoriza a terceirização nas atividade chamada meio da empresa garantem o objeto precípua das normas tutelares do trabalho de proteção ao equilíbrio contratual e ao hipossuficiente na forma do que resume a Súmula 331 do E. TST já citada, quer ainda porque a assertiva de que a mundialização da economia justificaria “a admissão da terceirização em atividades inerentes ao empreendimento” sustentada no Projeto Legislativo, contestado nos dizeres da jurisconsulto Professora Sayonara Grillo³ é uma inverdade que esconde a real intenção de privilegiar, unilateralmente, o setor produtivo empresarial em detrimento da segurança jurídica garantidas não só pelas normas infraconstitucionais alinhavadas na CLT., que priorizam equilibrar o conflito estabelecido entre o capital e o trabalho, como também o princípio do valor social do trabalho e da livre iniciativa, insculpido no art. 1º da CRFB/88, sem olvidar-se em contrafreio ao alardeado na fundamentação do Projeto Legislativo em referencia – “a economia mundial hoje precisa de serviço altamente especializados e muitas vezes temporários” – de que dentro da ordem econômica cuidou a Carta Política de 88 no seu art. 170, ao relacionar os princípios gerais da atividade econômica, à “valorização do trabalho humano; justiça social; função social da propriedade e busca do pleno emprego, valores estes que devem se sobrepor a famosa tese liberal da auto regulação através do mercado em desafio aos princípios específicos do Direito do Trabalho, neles inseridos o princípio da proteção ao trabalhador que devem caracterizar a intervenção básica do estado nas relações de trabalho segundo o saudoso Ministro Arnaldo Sussekund.

Não se lhe deixando de mencionar que a regra da terceirização na forma que se encontra preconizada no conjunto normativo proposto agride o princípio protetor do direito social, que não pode estar atrelado a qualquer

sistema econômico vigente sendo este imanente a todo direito do trabalho, repise-se.

De outra parte, merece relevo, a atestar a impossibilidade jurídica da terceirização na atividade fim empresarial, sem obliterar o conjunto protetivo das normas regulamentadoras contidas na CLT, a assertiva elencada pelo saudoso jurista Délio Maranhão quando diz “entre a empresa cliente e o trabalhador fornecido não há, nem pode haver relação jurídica de trabalho. O poder de comando delegado não decorre tão-somente dessa delegação (análise jurídica), mas do fato de o trabalho vir a ser prestado numa empresa que pressupõe estrutura hierárquica da qual resulta para quem quer que nela e para ela trabalha, seja em que condição for, a sujeição a um certo poder diretivo, como sublinha Corrado”, concluindo o festejado juslaboralista que esta abordagem deve ser, sobretudo, “sociológica e não jurídica”.

Por todas essas razões entendemos que o supra referido Projeto de Lei deva ser rejeitado não só em favor da maior estabilidade empregatícia do hipossuficiente, aplicando-se uma visão mais abrangente daqueles que vêm no processo uma atividade social, e não mera competição de pretensões individuais em contra senso a cognominada tutela única da chamada lei de mercado, prevalecendo à atual sistemática normativa perfeitamente coadunada com a melhor principiologia específica do Direito do Trabalho pátrio, permitindo-se a existência de terceirização, em grau de exceção, nos termos e hipóteses elencadas na Súmula nº 331 do E. TST, desde que inexistente se afigurem os pressupostos subjetivos da pessoalidade e da subordinação direta configuradoras da relação empregatícia direta contidos no art. 2º e § da CLT.